

15942

**ARCHIV FÜR RECHTS-
UND
SOZIALPHILOSOPHIE**

Band 20

1926/27

KKC

A7



Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie

mit besonderer Berücksichtigung
der Gesetzgebungsfragen

Begründet von

Josef Kohler und Fritz Berolzheimer

Herausgegeben von

Leopold Wenger
Wien

Wilhelm Sauer
Königsberg i. Pr.

Goetz Briefs
Berlin

BAND XX
(1926/27)

BERLIN-GRUNEWALD
DR. WALTHER ROTHSCHILD
1926/27

Reprinted with the permission of the
Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie

JOHNSON REPRINT CORPORATION
111 Fifth Avenue, New York, N. Y. 10003

JOHNSON REPRINT COMPANY LTD.
Berkeley Square House, London, W. 1

Reprinted from a copy in the collections of
The New York Public Library
Astor, Lenox and Tilden Foundations

This journal was formerly entitled ARCHIV FÜR RECHTS-
UND WIRTSCHAFTSPHILOSOPHIE. The title was changed to
ARCHIV FÜR RECHTS- UND SOZIALPHILOSOPHIE with the
publication of Volume 27.

First reprinting, 1968, Johnson Reprint Corporation
Printed in the United States of America

Inhaltsverzeichnis.

Nachruf auf Friedrich von Wieser	Seite 1
Zueignung an das Reichs-Justizministerium zu seinem 50jährigen Bestehen	181

I. Internationale Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.

1. Todesanzeige Friedrich von Wieser	158
2. Berufungen in den Beratenden Ausschuß der IVR.	158
3. 4. Kongreß der IVR. (Kongreßausschuß und Kongreßbüro)	158
4. Ehrenausschuß und Damenkomitee für den 4. Kongreß der IVR.	159
5. Programm des 4. Kongresses der IVR.	161
6. Leitsätze zu den Kongreßvorträgen	166
7. Beiheft 20 zum Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie für die Mitglieder der IVR.	173
8. Pflege der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie an den Hochschulen	173 491
9. Aus unserem Mitgliederkreise	176 497
10. Neue ordentliche Mitglieder	178 353 504 631
11. Mitteilung: Professor Dr. Goetz Briefs, Berlin, wird Mitherausgeber des Archivs und stellvertretender Vorsitzender der IVR.	347
12. Bericht über den 4. Kongreß unserer IVR. (Berlin, 25. bis 29. Oktober 1926)	348
13. Schlußansprache beim 4. Kongreß der IVR., gehalten vom Ehrenvorsitzenden Geh. Justizrat Dr. Leopold Wenger, o. Professor der Rechte an der Universität Wien	350
14. IVR.-Bericht	631

II. Aufsätze.

Zum Zivilrecht Sowjetrußlands. Von Geh. Justizrat Dr. Leopold Wenger , o. Professor der Rechte an der Universität Wien	3
Das Rechtsordnungssubjekt. Von Geheimrat Dr. Ernst Beling , o. Professor der Rechte an der Universität München	56
Begriff des Wertes und soziale Anpassung (Schluß). Von Dr. Pontes de Miranda , Rio de Janeiro	77
Rechtslogismus und Rechtssoziologie in ihrer Stellung zum Problem der Rechtsgeltung. Von Dr. Friedrich Darmstaedter , Landgerichtsrat, Mannheim	103

	Seite
Erklärung. Von Dr. Bruno Bauch , o. Professor der Philosophie an der Universität Jena	135
Fruchtbarkeit der Rechtsphilosophie? Ziele unserer Wissenschaft. Von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg	183
Einige Zweifelsfragen im Revisionsverfahren vor dem Reichsgericht. Von Dr. jur. Karl Adolf Lobe , Senatspräsident am Reichsgericht in Leipzig	205
Das Prinzip der Gleichbehandlung der Mitglieder beim Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Von Geheimen Justizrat Dr. Wilhelm Kisch , o. Professor der Rechte an der Universität München	214
Ordnung und Recht. Von Johann David Sauerländer , Ministerialrat im Bayer. Staatsministerium der Justiz, München	224
Kantianismus und Hegelianismus in der Rechtsphilosophie. Von Dr. Julius Binder , o. Professor der Rechte an der Universität Göttingen	251
Der Rechtsbegriff. Von Dr. jur. et phil. Karl Wolff , o. Professor der Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität Innsbruck	279
Römischrechtliche Einflüsse auf die Rechtsentwicklung im britischen Weltreiche. Von Dr. rer. pol. Dr. jur. Gustav Wilke , Staatsanwaltschaftsrat, Leipzig, z. Z. Deutscher Staatsvertreter beim deutsch-englischen Schiedsgericht in London	293
Platons Rechtsphilosophie in ihren Beziehungen zur Gegenwart. Von Dr. Egon Weiss , o. Professor der Rechte an der Deutschen Universität Prag	355
Spinoza. Gedanken anlässlich seines 250. Todestages (21. 2. 1927) von Dr. Kurt Sternberg , Berlin	368
Adam Smith als Rechtsphilosoph. Von Dr. jur. et phil. Walter Eckstein , Wien	378
Recht an sich und erkennbares Recht. Von Dr. A. Affolter , Bundesrichter in Lausanne	395
Die ethische Verankerung der Wirtschaftspolitik der Gegenwart unter Berücksichtigung des idealistischen Kulturbegriffs bei Rudolf Eucken. Von Dr. phil. Alfred Werner , Bürgermeister in Friedland	404
Gemeinschaft und Recht als Sinn gegenwärtigen Schicksals. Von Dr. jur. Erik Wolf , Privatdozent an der Universität Heidelberg	411
Grundsätze für die gesetzliche Neuregelung des Arbeitsrechts in Deutschland. Von Obermagistratsrat Paul Wölbling , Direktor des Gewerbe- und Kaufmannsgerichts der Stadtgemeinde Berlin	422
Weltanschauliche Grundlagen des Arbeitsrechtes. Von Dr. phil. Heinz Potthoff , München	450
Die Wirtschaftstheorie als Grundlage der Politik. Von Dr. Robert Wilbrandt , o. Professor der Staatswissenschaften an der Universität Tübingen	507
L'influence du temps sur les rapports de droits. Von Dr. J. Péritch , o. Professor der Rechte an der Universität Belgrad	520
Statisches und dynamisches Recht. Von Dr. Alfred Müller , Amtsgerichts-rat in Oelsnitz i. V.	529
Die Bestandteile der Rechtsordnung. Von Prof. Dr. Walter Anderssen , Lindow (Mark)	549
Beziehungen zwischen Rechts- und Wirtschaftstheorie. Von Dr. Josef Dobretsberger , Assistent an der Universität Wien	571

III. Literatur.

a) Rezensionenabhandlung.

Verhandlungen des 4. Deutschen Soziologentages. Von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg	136
--	-----

b) Besprechungen.

H. Ehrenberg: Disputation. Besprochen von Dr. Friedrich Seifert , Privatdozent, München	140
W. Kulemann: Die Genossenschaftsbewegung. Besprochen von Dr. August Müller , Staatssekretär a. D. Professor an der Universität Berlin	141
W. Lustig: Der Arzt als öffentlicher Gesundheitsbeamter, Gesundheitspolitiker und gerichtlicher Sachverständiger. Besprochen von Dr. Ernst Seelig , Privatdozent am Kriminologischen Institut der Universität Graz	144
W. Lustig: Leitfaden der gerichtlichen Medizin einschließlich der gerichtlichen Psychiatrie für studierende Aerzte und Studierende. Besprochen von Dr. Ernst Seelig , Privatdozent am Kriminologischen Institut der Universität Graz	144
E. Mezger: Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Besprochen von Dr. Arthur Wegner , o. Professor der Rechte an der Universität Breslau	144
F. Haber: Untersuchungen über Irrtümer moderner Geldverbesserer. Besprochen von Dr. Siegfried von Waechter , Syndikus, Stuttgart	147
K. Neubecker von Paul Abraham. Bio-Bibliographische Beiträge zur Geschichte der Rechts- und Staatswissenschaften. Besprochen von Dr. Erich Genzmer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg	147
F. Wieser: Das Gesetz der Macht. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg	148
O. Spann: Soziologie. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg	150
G. Salomon: Jahrbuch für Soziologie. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg	151
Th. L. Haering: Hauptprobleme der Geschichtsphilosophie. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg	152
V. v. Pella: La criminalité collective des états et le droit pénal de l'avenir. Besprochen von Regierungsrat a. D. Dr. Bruno Beyer , Bürgermeister, Königstein i. T.	154
Paul Vogel: Hegels Gesellschaftsbegriff und seine geschichtliche Fortbildung durch Lorenz Stein, Marx, Engels und Lassalle. Besprochen von Dr. phil. h. c. Georg Lasson , Pfarrer, Berlin	313
Carl Vering: Platons Gesetze. Die Erziehung zum Staate. Besprochen von Dr. phil. Kurt Sternberg , Berlin	317
Ernst Swoboda: Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants. Besprochen von Dr. phil. et jur. Max Salomon , Elberfeld	318
Wilhelm Sauer: Grundlagen der Wissenschaft und der Wissenschaften. Besprochen von Dr. Albert Görland , a. o. Professor der Philosophie an der Universität Hamburg	319
Hans Kelsen: Allgemeine Staatslehre. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg	324
Herbert Kraus: Gedanken über Staatsethos im internationalen Verkehr. Besprochen von Geh. Reg.-Rat Dr. Ferdinand Tönnies , o. Professor der Staatswissenschaften an der Universität Kiel	328
Schrifttum zum 70. Geburtstag von Hofrat Professor Dr. Gustav Hanau s. k. Besprochen von Dr. Egon Weiss , o. Professor der Rechte an der Deutschen Universität in Prag	337
Rudolf Laun: Recht und Sittlichkeit. Besprochen von Dr. Rudolf Heberle , Assistent am Institut für ostdeutsche Wirtschaft in Königsberg, z. Z. London	338
Wilhelm Hofacker: Die Neugestaltung der öffentlichen Verwaltung. Besprochen von Staatsminister a. D. Dr. v. Pistorius , o. Professor der Wirtschafts- und Staatswissenschaften an der Technischen Hochschule in Stuttgart	340
Zaccaria Giacometti: Quellen zur Geschichte der Trennung von Staat und Kirche. Besprochen von Dr. Joh. Baptist Sägmüller , o. Professor für Kirchenrecht an der Universität Tübingen	342

	Seite
O. G. von Wesendonk: Auswärtige Politik. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg	344
Paul Göhre: Deutschlands weltpolitische Zukunft. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg	345
G. Marton: Verschuldensprinzip — Verursachungsprinzip. Besprochen von Dr. Wilh. Hofacker , Ministerialrat, Stuttgart	346
A. Baumler und M. Schröter: Handbuch der Philosophie. Besprochen von Dr. Arnold Kowalewski , Professor der Philosophie an der Universität Königs- berg i. Pr.	461
Georg Freudenberg: Grenzen der Ethik. Besprochen von Dr. Ernst Weigel , Landgerichtsdirektor in Stuttgart	462
Eberhard Friedrich Bruck: Totenteil und Seelgerät im griechischen Recht. Be- sprochen von Dr. Egon Weiss , o. Professor der Rechte an der Deutschen Uni- versität Prag	463
The Jurisprudence of Holland by Hugo Grotius. Besprochen von Dr. Rudolf Heberle , zur Zeit New York	466
Erich Rothacker: Logik und Systematik der Geisteswissenschaften. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Prof. der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	466
René Worms: Die Soziologie, Wesen, Inhalt und Beziehung zu anderen Wissen- schaften. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	468
Johannes Sauter: Franz von Baaders Schriften zur Gesellschaftsphilosophie. Be- sprochen von Dr. Viktor Guttman , Wien	469
Hans Lorenz Stoltenberg: Soziologie als Lehrfach an deutschen Hochschulen. Be- sprochen von Dr. Alfred Vierkandt , Professor der Philosophie an der Uni- versität Berlin	470
Karl Groos: Naturgesetze und historische Gesetze. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	471
Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	472
Max Grünhut: Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht. Besprochen von Dr. Friedrich Kitzinger , o. Professor der Rechte an der Universität Halle a. S.	472
August Wimmer: Ueber die Bestrafung triebhaften Handelns. Besprochen von Dr. jur. Ernst Seelig , Privatdozent an der Universität Graz	474
Felix Joseph Klein: Der Gütegedanke im Recht. Besprochen von Dr. jur. et phil. Rudolf Bovensiepen , Oberlandesgerichtsrat in Kiel	474
Richard Finger: Die Kunst des Rechtsanwalts. Besprochen von Dr. Georg Schüler , a. O. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	475
Robert Michels: Sozialismus in Italien. Intellektuelle Strömungen. Besprochen von Dr. Rudolf Heberle , zur Zeit New York	476
Walter Eckstein: Das antike Naturrecht in sozialphilosophischer Beleuchtung. Be- sprochen von Dr. Egon Weiss , o. Professor der Rechte an der Deutschen Uni- versität Prag	476
Otto Koellreutter: Staat, Kirche und Schule im heutigen Deutschland. Besprochen von Dr. Ernst Wolgast , Privatdozent, zur Zeit Bonn a. Rh.	477
Friedrich Raab: Handbuch der Londoner Vereinbarungen. Besprochen von Dr. Herbert Kraus , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	479
Wolgast: Der Wimbledonprozeß vor dem Völkerbundgerichtshof. Besprochen von Dr. Karl Strupp , Professor der Rechte an der Universität Frankfurt a. M.	480

	Seite
Ludwig Gumpłowicz: Geschichte der Staatstheorien. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	481
Franz Oppenheimer: Der Arbeitslohn. Besprochen von Dr. Jakob Baxa , Privatdozent der Staatswissenschaften an der Universität Wien	481
Franz Oppenheimer: Wert und Kapitalprofit, Neubegründung der objektiven Wertlehre. Besprochen von Dr. B. Josephy , Privatdozent der Staatswissenschaften an der Universität Jena	483
Otto Weinberger: Die Grenznutzschule. Besprochen von Dr. Robert Liefmann , o. Honorarprofessor der Nationalökonomie an der Universität Freiburg i. Br.	485
Albert v. Mühlenfels: Transfer. Betrachtungen über Technik und Grenzen der Reparationsübertragung. Besprochen von Dr. Fritz Terhalle , o. Professor der Staatswissenschaften an der Universität Hamburg	488
Karl Wolff: Grundlehre des Sollens, zugleich eine Theorie der Rechtserkenntnis. Besprochen von Dr. Ernst Seelig , Privatdozent der Rechte an der Universität Graz	590
Werner Haensel: Kants Lehre vom Widerstandsrecht. Besprochen von Dr. phil. et jur. Julius Kraft , Frankfurt a. M.	594
Adam Smith: Theorie der ethischen Gefühle. Uebersetzt und mit Einleitung, Anmerkungen und Registern versehen von Dr. Walther Eckstein. Besprochen von Dr. Hellmuth Wolff , a. o. Professor der Staatswissenschaften an der Universität Halle a. d. S.	594
Wilhelm Hofacker: Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen. Besprochen von Dr. Fritz Stier-Somlo , o. Professor der Rechte an der Universität Köln a. Rh.	595
Erich Wolf: Grotius, Pufendorf, Thomasius. Drei Kapitel zur Gestaltsgeschichte der Rechtswissenschaft. Besprochen von Geh. Justizrat Dr. Ernst Landsberg , o. Professor der Rechte an der Universität Bonn a. Rh.	596
Hugo Preuß: Staat, Recht und Freiheit. Besprochen von Dr. Ludwig Waldecker , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	599
Hugo Preuß: Verfassungspolitische Entwicklungen in Deutschland und Westeuropa. Historische Grundlegung zu einem Staatsrecht der deutschen Republik. Herausgegeben und eingeleitet von Dr. Hedwig Hintze. Besprochen von Dr. Ludwig Waldecker , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	599
Ernst Weigelin: Einführung in die Moral und Rechtsphilosophie. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	600
Heinrich Triepel: Staatsrecht und Politik. Berliner Rektoratsrede. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	600
Hans Freyer: Der Staat. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	601
Harry Elmer Barnes: Soziologie und Staatstheorie. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	601
Gustav Seidler-Schmid: Die Systemgedanken der sogenannten Klassischen Volkswirtschaftslehre. Besprochen von Dr. Hellmuth Wolff , a. o. Professor der Staatswissenschaften an der Universität Halle a. d. S.	603
Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich. Besprochen von Professor Dr. Hellmuth Wolff , a. o. Professor der Staatswissenschaften an der Universität Halle a. d. S.	603
Franz Exner: Kriminalistische Abhandlungen. Besprochen von Dr. Gotthold Bohne , o. Professor der Rechte an der Universität Köln a. Rh.	604
Adolf Lenz: Grundriß der Kriminalbiologie. Besprochen von Dr. Wilhelm Sauer , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	606
Johannes Baptist Sägmüller: Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts. Besprochen von Dr. Hermann Nottarp , Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	608

	Seite
Verhandlungen des 5. Preußischen Richtertags und der Vertreter- versammlung des Preußischen Richtervereins zu Kassel am 10. und 11. Oktober 1926. Besprochen von Dr. jur. et phil. Rudolf Bovensiepen , Oberlandesgerichtsrat in Kiel	60
Fritz Morstein Marx : Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes. Besprochen von Dr. Friedrich Schack , Berlin	61
Handbuch der Politik , Band 6: Urkunden zur Politik unserer Zeit. Redigiert von Geh. Hofrat Professor Dr. A. Mendelssohn Bartholdy. Besprochen von Oberregierungsrat Dr. Hans Simons , Direktor der Deutschen Hochschule für Politik in Berlin	61
Carthill : Die Erbschaft des Liberalismus. Uebertragen von Paul Fohr mit einer Einleitung von Dr. Otto Geßler. Besprochen von Professor Dr. Ludwig Bergsträsser , Berlin	62
Erich Obst : England, Europa und die Welt. Besprochen von Dr. Carl Brinkmann , o. Professor der Staatswissenschaften an der Universität Heidelberg	62
Eugen Rosenstock : Vom Industrierecht. Besprochen von Professor Dr. Hermann Isay , Berlin	62
Fritz Haussmann : Grundlegung des Rechts der Unternehmens-Zusammenfassungen. Besprochen von Geh. Regierungsrat Dr. Otto Schreiber , o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr.	62
Alexander Marx : Die rechtliche Natur des Besserungsscheins. Besprochen von Justizrat Dr. Ludwig Wertheimer , Frankfurt a. M.	62
Anzeigen und Anregungen . Freud und § 282 BOB. Von Landgerichtsdirektor du Chesne , Leipzig	63

Sach- und Namenregister

Bearbeitet von Dr. jur. **Curt Salinger**, Berlin.

(S. R. bedeutet Sowjetrußland.)

- Agôn, 416.
Agrargesetzgebung in S. R., 19.
Althusius, 370.
Anthropologie, 200.
Aquino, Thomas von, 124.
Arbeitsgerichtsgesetz, 434.
Arbeitsrecht, 422 ff., 450 ff., 571 ff.
Arbeitsrecht i. S. R., 13, 431.
Arbeitsrecht, italienisches, 432.
Aristoteles, 129, 355, 371, 387.
Bauch, Bruno, 128, 135, 254.
v. Beling, 191, 206.
Bergbohm, 192, 280, 391.
Berolzheimer, 574.
Besitz im röm. Recht, 533.
Bierling, 192, 280.
Binder, Julius, 131, 191.
Binding, 206.
Blackstone, 527.
Böhm-Bawerk, 579.
Brie, 360.
Brinz, 540.
Cairnes, 579.
Cannan, E., 390.
Cassel, 508.
Charakterologie, 200.
Code civil, 308.
Code de commerce, 308.
Code de procédure civil, 308.
Cohen, 254, 259.
Common, Law, 296.
Cornelius, H., 79.
Court of Chancery, 299, 301.
Dahn, 59.
Darwin, 253.
Descartes, 374.
Destruktionismus, 509.
Diehl, 513.
Dubois, 79.
Dynamik, juristische, 529.
Edgeworth, 100, 581.
Ehrlich, 68.
Eigentum im röm. Recht, 533.
Eigentum in S. R., 9.
Eigentum an Grund und Boden, Verstaatlichung des in S. R., 11, 38.
Elster, 582.
Emge, C. A., 132.
Empirismus, 256, 261.
Emtio venditio, 357.
Equity Rules, 303.
Erfurter Programm, 508.
Ersitzung, 521.
Ethik, 57, 74, 186, 513, 585.
Ethnologie, 200.
Eulenburg, 513.
Feuerbach, 252.
Fichte, 124, 130, 188, 272, 370, 377, 457.
Fisher, Irving, 101.
Formalismus, 187.
George, Henry, 508.
Geschäftsfähigkeit in S. R., 22.
Geschichte, 200.
Gesetzmäßigkeit der Wirtschaft, 581.
Gewaltenteilung bei Plato, 363 ff.
Gewerbefreiheit, 515.
Gewohnheitsrecht, 228.
Gide, Charles, 395.
Gierke, 540, 545.
Giordano, Bruno, 374.
Goethe, 375.
Gorgias, 366.
Gottl, 513.
Grenzwertgesetz, 587.
Grisebach, 420.
Grotius, Hugo, 248, 390.
Güterbock, Carl, 297.
Hartmann, 97.
Hegel, 58, 189, 370, 511.
Hegelianismus, 251 ff.
Hensel, 254.
Herodot, 356.
Historismus, 256, 261.

Hobbes, 369, 578.
 Hume, 388, 394.
 Hypothek in S. R., 12, 34.
 v. Ihering, 91, 192, 280, 536, 574.
 Imperativentheorie, 71.
 Jellinek, 103, 291.
 Jerusalem, Franz W., 106, 112, 119, 123.
 Kabbala, 374.
 Kant, 59, 128, 189, 370, 376, 393, 574
 Kantianismus, 251 ff.
 Kaufmann, Felix, 264, 585.
 Kelsen, Hans, 104, 112, 125, 191, 264,
 291, 541.
 Kern, 206.
 Koalitionsrecht, 454.
 Kohler, Joseph, 192, 252.
 Kollektivität, 123.
 Kollektivvertrag, 572, 581.
 Kommunismus in S. R., 18.
 Krause, 58.
 v. Kries, 206.
 Kritizismus, 254.
 Kulturphilosophie, 196.
 Lask, 254, 259.
 Laveleye, 582.
 Lederer, 513.
 Lehnrecht, normannisches, 296.
 Leibniz, 188.
 Lessing, 375.
 Liebmann, 254.
 Liefmann, 513.
 List, Friedrich, 508.
 Liszt, 253.
 Locke, 394.
 Lohngesetz, das eherne, 576.
 Lotmar, 439.
 Mach, Ernst, 86.
 Malthus, 507.
 Mancipatio, 357.
 Marshall, 579.
 Marx, Karl, 253, 508, 578/79.
 Marxismus, 508.
 Materialismus, 261.
 Mayer, M. E., 185, 191, 280.
 Menger, 577, 579, 580.
 Merkel, Ad., 190, 192.
 Mill, I. St., 577, 579.
 Molitor, 439.
 Montesquieu, 365.

Müller-Eisert, 81.
 Nationalisierte Unternehmungen in
 S. R., 39.
 Natorp, 254, 259.
 Naturalismus, 253, 256.
 Naturrecht, 227, 250, 369, 390, 578.
 Nelson, Leonhard, 65, 131.
 Nelsonschule, 513.
 Neukantianismus, 256.
 Neumann, 579.
 Neuplatonismus, 374.
 Nicolai, G. F., 80.
 Nietzsche, 121.
 Niemeyer, 191.
 Observanz, Heidelberger, 255.
 Observanz, Marburger, 255.
 Oppenheimer, Franz, 378, 508.
 Ordnungstheorie des Rechts, 225 ff.
 Pareto, Vilfredo, 101.
 Person, juristische, 539.
 Persona 529.
 Personen, juristische i. S. R., 24.
 Pfänder, Alexander, 120.
 Philosophie des positiven Rechts, 75.
 Planiol, Marcel, 525.
 Platon, 355 ff., 370, 377.
 Pohle, Ludwig, 508.
 Politeia, 358 ff.
 Positivismus, 252.
 Potthoff, Heinz, 423.
 Pragmatismus, 187.
 Prämissenlogik, die rationalistische
 Kants, 244.
 Protagoras, 356, 366.
 Psychologie, 200.
 Psychologismus, 256, 261.
 Puntschart, 530.
 Quesnay, 575.
 Radbruch, Gustav, 131, 190, 280.
 Rationalismus, 227, 407.
 Recht, 57 ff., 68, 224 ff., 279 ff., 536,
 555 ff.
 Recht, englisches, 293 ff.
 Rechtserkenntnistheorie, 192.
 Rechtserlebnis, 123.
 Rechtsfähigkeit, 530.
 Rechtsfähigkeit in S. R., 20.
 Rechtsgeltung, 109.
 Rechtsgeschäft in S. R., 25.

- Rechtshistorismus, 192.
 Rechtsideal, 58.
 Rechtsidee, 58.
 Rechtsmetaphysik, 193.
 Rechtsordnung, 66.
 Rechtsphilosophie, 57, 63, 183.
 Rechtspolitik, 197.
 Rechtsquellen, Lehre von den, 67.
 Rechtssoziologie, 76.
 Rechtssubjekte, Lehre von den, i. S. R., 20.
 Rechtssubjektivität, 70.
 Rechts- und Wirtschaftstheorie, 571 ff.
 Rechtsvergleichung, 192.
 Rechtswidrigkeit, 73.
 Reichel, 360.
 Reichsgericht, 205.
 Reichsjustizministerium, 205.
 Reichspräsident, 205.
 Reichsrat, 205.
 Reichsverfassung, 427, 452.
 Reichswirtschaftsrat, 428.
 Reinach, 574.
 Religion, 59.
 Res, 529.
 Ricardo, 507, 576.
 Richter, Lutz, 439.
 Rickert, Heinrich, 106, 108, 254.
 Riehl, 254.
 Rousseau, I. I., 96, 272, 393, 408.
 Salomon, M., 189, 281.
 Sander, 264, 585.
 Sauer, Wilhelm, 422.
 Savigny, 124, 248, 295, 540.
 Sawadsky, 43, 47.
 Scheler, 589.
 Schleiermacher, 375.
 Schmoller, 581.
 Scholastik, 374.
 Schopenhauer, 121.
 Schule, historisch-ethische, 510.
 Schumpeter, 508, 518.
 Seligmann, 579.
 Sinzheimer, 424.
 Sitte, 60, 185.
 Sittlichkeit, 59, 226.
 Small, Albion W., 395.
 Smith, Adam, 378 ff., 408, 507, 513, 576.
 Socrates, 260, 377.
 Sohm, 451, 543.
 Sombart, 511, 513.
 Somlo, 192, 260, 279, 290.
 Sophokles, 387.
 Souverän, 282, 286.
 Sowjetrußland, zum Zivilrecht, 3 ff.
 Sozialphilosophie, 194, 196.
 Sozialpolitik, 197.
 Soziologie, 194, 196.
 Soziologie des Rechts, 104.
 Spann, O., 285, 580, 584.
 Spengler, 450, 529.
 Spinoza, 368 ff.
 Spinozismus, 372.
 Staatskapitalismus i. S. R., 15.
 Staatsphilosophie, 355.
 Stahl, 229.
 Stammler, 119, 130, 184, 189, 259, 280, 420, 573, 588.
 Statik, juristische, 529.
 Staudinger, 259.
 Stifter, Adalbert, 420.
 Stoa, 371.
 Stolzmann, 582.
 Strauß, D. F., 252.
 Teleologie, 375.
 Theorie vom geistigen Eigentum, 545
 Urteilstheorie des Rechts, 225 ff.
 Vaihinger, 407.
 Verjährung, 521.
 Versicherungsverein a. G., 214 ff.
 Voigt, Andreas, 508, 573.
 Volksmoral, 62.
 Weber, Adolf, 508.
 Weber, Max, 510, 513, 583, 585, 586
 Wenzel, 282, 286.
 Wert, 553/54.
 Wertmonade, 188.
 v. Wieser, Friedrich, 508, 577, 580.
 Windelban, 254.
 Wirtschaft, 188.
 Wirtschaftspolitik, 404.
 Wirtschaftstheorie, 404, 507 ff.
 Wolf, Julius, 508.
 Wundt, Wilhelm, 120, 189.

Autorenregister

(Die fettgedruckten Zahlen verweisen auf Abhandlungen der Verfasser).

-
- Aftolter, A., 395.
Anderssen, Walter, 549.
Baxa, Jakob, 481.
Beling, 56.
Bergsträsser, Ludwig, 620.
Beyer, Bruno, 154.
Binder, Julius, 251.
Bohne, Gotthold, 604.
Bovensiepen, Rudolf, 474, 608.
Brinkmann, Carl, 621.
du Chesne, 630.
Darmstaedter, Friedrich, 103.
Dobretsberger, Josef, 571.
Eckstein, Walter, 378.
Genzmer, Erich, 147.
Görland, Albert, 319.
Guttmann, Viktor, 469.
Heberle, Rudolf, 338, 466, 476.
Hofacker, Wilhelm, 346.
Isay, Hermann, 623.
Josephy, B., 483.
Kisch, Wilhelm, 214.
Kitzinger, Friedrich, 472.
Kowalewski, Arnold, 461.
Kraft, Julius, 594.
Kraus, Herbert, 479.
Landsberg, Ernst, 596.
Lasson, Georg, 313.
Liefmann, Robert, 485.
Lobe, 205.
Pontes de Miranda, 76.
Müller, Alfred, 529.
Müller, August, 141.
Nottarp, Hermann, 608.
Péritch, I., 520.
- v. Pistorius, 340.
Potthoff, Heinz, 450.
Sägmüller, Joh. Bapt., 342.
Salomon, Max, 318.
Sauer, Wilhelm, 137, 148, 150,
152, 183, 324, 344, 345, 466,
471, 472, 481, 600, 601, 606.
Sauerländer, Joh. David, 224.
Schack, Friedrich, 610.
Schreiber, Otto, 629.
Schüler, Georg, 475.
Seelig, Ernst, 144, 474, 590.
Seifert, F., 140.
Simons, Hans, 619.
Sternberg, Kurt, 317, 368.
Stier-Somlo, Fritz, 595.
Strupp, Karl, 480.
Terhalle, Fritz, 488.
Tönnies, Ferdinand, 328.
Vierkandt, Alfred, 470.
v. Waechter, Siegfr., 147.
Waldecker, Ludwig, 599.
Wegner, Arthur, 144.
Weiss, Egon, 337, 355, 463, 476.
Weigelin, Ernst, 462.
Wenger, 3.
Werner, Alfred, 404.
Wertheimer, Ludwig, 629.
Wilbrandt, R., 507.
Wilke, Gustav, 293.
Wölbling, Paul, 422.
Wolf, Erik, 411.
Wolff, Hellmuth, 594, 603.
Wolff, Karl, 279.
Wolgast, Ernst, 477.
-

Friedrich Freiherr von Wieser †

Eben erst hat das Archiv und die IVR. der Tod Peter Kleins so schwer betroffen und schon wiederum müssen die Unterzeichneten die schmerzliche Pflicht erfüllen, den Tod des Mitherausgebers des Archivs, des Ehrenvorsitzenden der IVR., Sr. Exzellenz des österreichischen Ministers a. D. und Professors an der Universität Wien

Dr. Friedrich Freiherr von Wieser

mitzuteilen. Von schwerer Krankheit eben genesen und in der vertrauten Stille des Landaufenthaltes im Salzkammergute volle Genesung in liebevoller Pflege suchend, hat kurz nach seinem 75. Geburtstag ein sanfter Tod ihn am 23. Juli dahingenommen.

Was Wieser für die Nationalökonomie und Soziologie gewesen, wird von berufener fachmännischer Seite im nächsten Hefte ausführlich gesagt werden. Aber wir greifen nicht vor, wenn wir ihn den typischen Vertreter der Staats- und Wirtschaftsphilosophie, der wissenschaftlich tief gegründeten Gesellschaftslehre nennen. Erst vor nicht vielen Jahren ist er zu uns durch die Mitherausgabe des Archivs in nähere Beziehungen getreten, aber diese haben sich alsbald sehr innig gestaltet. Das Archiv durfte vorweg ein Kapitel aus dem großen, sein Leben krönenden Werke über „Das Gesetz der Macht“ veröffentlichen; auf dem nächsten Berliner Kongreß hätte er zur IVR. sprechen sollen.

Wer Wieser das erste Mal begegnete, empfand sofort den Zauber der vornehmen Ruhe und Größe eines Mannes, in dessen edlen Zügen sich die adelige Seele spiegelte. Wer ihm näher treten und gar ihm Freund sein durfte, der empfand den vertrauten Umgang als Quelle eines in

unseren Tagen besonders seltenen Glückes. Er war der verehrte Lehrer der Jugend an den zwei ältesten deutschen Universitäten, in Prag und seit zwei Jahrzehnten in Wien. Er war der Denker und Forscher, zu dem alle pilgerten, welche durch die österreichische Schule der Nationalökonomie gingen, Inländer und Ausländer. Er war im politischen Leben der Deutschen ein Führer des Volkes in dem edlen Sinne, wie er den Führerberuf aufgefaßt hat, im frühen Mannesalter im kampfumtobten Prag und dann wieder in späteren Jahren als einer der wenigen, zu wenig oder zu spät Gehörten als Handelsminister des alten Österreichs in den letzten Jahren des Weltkrieges.

Schwere Prüfungen waren ihm noch im späten Alter beschieden, aber über alles Unglück, das ihn daheim getroffen und das er wie wenige beim Zusammenbruch des alten Habsburgerreiches empfand, erhob sich sein denkender Geist zu neuer Zukunftshoffnung. In einem Gespräche, das bei einem Pfingstsonntagsspaziergang in Bad Gastein einer der Unterzeichneten mit Friedrich von Wieser haben durfte, eröffnete der Staatsmann weite Perspektiven über die Sendung Österreichs innerhalb Großdeutschlands. Ihm war es nicht mehr gegönnt, die Zukunft mitwirkend zu erleben, aber ihm war es gegönnt, den Lauf seines Lebens zu vollenden.

In trauernder Dankbarkeit, daß er der Unsrige war, durften wir den Lorbeerkranz, den der Lebende zu nehmen stets geweigert hätte, dem Toten auf die edle Stirn legen.

Leopold Wenger.

Wilhelm Sauer.

Walther Rothschild.

A. Aufsätze.

Zum Zivilrecht Sowjetrußlands.

Von

Prof. Dr. Leopold Wenger, München.

Als die Oktoberrevolution von 1917 die bis dahin bestehende Staats- und Gesellschafts-, Rechts- und Wirtschaftsordnung Rußlands umgeworfen hatte, sah, soweit der Krieg der nichtrussischen Welt zur Betrachtung der russischen Umwälzung überhaupt Zeit ließ, der außenstehende Beschauer die Dinge zunächst meist nur vom politischen Standpunkt aus an. Schon darum konnte der Jurist dazu noch gar nicht Stellung nehmen, weil das, was ihm Recht war, einfach ausgetilgt wurde. Und als die neuen Machthaber an neuen Aufbau in ihrem Sinne gingen, war es dem Außenstehenden größtenteils technisch unmöglich, die Entwicklung zu verfolgen und sich in dem Gewirre von Dekreten aller möglichen Art und Herkunft zurecht zu finden. Auch wenn Krieg und Nachkriegsnot nicht den Verkehr unmöglich gemacht oder doch fast bis zur Unmöglichkeit erschwert hätten, auch wenn uns eine Vermittlungsstelle alles kaleidoskopartig kommende und ebenso rasch verschwindende Neue in diesen ersten Jahren der Sowjetrechtsentwicklung jeweils zur Kenntnis gebracht hätte, ich glaube, daß unser Urteil kaum viel sicherer hätte sein können. Denn wer hätte sich in den unübersehbaren Erlässen aller Organe rasch zurechtfinden können, die lokale oder zentrale Gewalt hatten oder haben wollten, Organe, deren Zuständigkeiten unsicher waren und die dazu neigten, sie womöglich, auch gegenüber der augenblicklichen geltenden Regelung zu überschreiten? Kurz: wir wußten zunächst nichts Sicheres um das positive Sowjetrecht, und wir hätten auch bei guter Tatsachenübermittlung schwer etwas Sicheres feststellen können. Die erste Voraussetzung jeder Rechtswissenschaft, die Gesetzeskritik in dem Sinne einer wissenschaftlich zuverlässigen Feststellung dessen, was positives Recht war oder ist, war eben nicht gegeben. Ob und inwieweit eine solche Feststellung in mühevoller und unbehinderter Einzelarbeit jemals

möglich werden wird, läßt sich heute schwer beurteilen¹⁾. Wer in einer deutschen Stadt Umsturzzzeiten miterlebt hat, weiß, wie rasch die Zeugnisse verschwinden, und wie rasch der Mensch von heute vergißt. Manch ein juristisch interessantes Dokument wird dem Rechtshistoriker für alle Zeiten unerreichbar bleiben, und mehr als eine Stelle des Bildes dieser Zeiten wird für immer der Farbe entbehren.

Doch weiter: selbst wenn wir das geltende Recht der russischen Umsturzzzeiten bis in alle Einzelheiten gekannt hätten²⁾ und kennten, was wüßten wir Sicheres über seine Anwendung? Im Artikel 5 eines der ersten revolutionären Gesetze, des Dekrets über die Volksgerichte vom 24. November 1917, heißt es, daß die Lokalgerichte die Gesetze der gestürzten Regierungen — der Zaren- und der Kerenski-Regierung — nur insoweit anzuwenden hätten, als sie dem revolutionären Gewissen und Rechtsbewußtsein nicht widersprächen. Der Forderung extremster Freirechtler, dem uneingeengten Richterkönigtum, war damit freie Bahn gegeben³⁾. Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit als Garantie des Rechtsstaates in unserem Sinne waren weggefallen.

Aber auch ein Anderes, Entgegengesetztes: mögen noch so viele Urteile sich, dem revolutionären Gewissen folgend, über das alte Recht hinweggesetzt haben, wissen wir, ob das neue Recht immer angewendet wurde? Wir dürfen, ohne Einzeluntersuchungen hierüber vorzugreifen, sofort unseren begründeten Zweifel dazu äußern und uns auf eine Klage in einem offiziellen Regierungsorgan berufen, wo es heißt: „Die Gesetze über das Verbot von Kauf und Verkauf (der Immobilien) wurden im Innern des Landes von den Bauern umgangen und der Verkauf von Gebäuden, die eng mit der Nutznießung des Bodens zusammenhängen, ja sogar von ganzen Gehöften und Land vorgenommen. Obgleich diese Abmachungen ungesetzlich waren, wurden sie doch in einigen Fällen von den Dorfsowjets, den Landwirtschafts-abteilungen und den Exekutivausschüssen bestätigt, und zwar nicht als Übertragung (der Nutznießung), sondern gerade als Ver-

¹⁾ Alexejew-Timaschew, Das Recht Sowjetrußlands (u. S. 5 N. 6) S. 10, sprechen von „Aufgaben, die selbst für die in Sowjetrußland weilenden Juristen kaum löslich sind.“

²⁾ Das Osteuropa-Institut in Breslau hat schon 1920 in „Quellen und Studien I. Abt. Recht und Wirtschaft“ als 2. Heft „Die Gesetzgebung der Bolschewiki, übersetzt und bearbeitet von H. Klibanski“ erscheinen lassen. Weitere Literatur in den folgenden Anmerkungen.

³⁾ Vgl. Freund (unten S. 5 N. 6) 16 f.

kaufsverträge“⁴⁾. Tritt nicht das große Problem, das die antike Rechtsgeschichte in Mitteis' glänzender Formulierung unter dem Schlagwort „Reichsrecht und Volksrecht“ kennt und zu lösen bestrebt ist, hier in ganz neuer und ungeahnter Deutlichkeit vor uns?

Einzeluntersuchungen solcher Art, die uns ein Bild vom wirklichen, vom gehandhabten, vom lebenden Recht, oder, wie immer man es nennen mag, geben, müssen hier ausscheiden. Sie werden ein nicht unbeträchtliches Teilgebiet der Riesenarbeit einer künftigen russischen Rechtsgeschichte dieser Zeiten bilden müssen. Nur der des Russischen sprachlich und sachlich Kundige wird sie schreiben können⁵⁾. Wenn ich trotz all der Hemmnisse, die wir uns absichtlich bisher selbst vor Augen gestellt haben, veranlaßt durch die Lektüre einiger in deutscher und französischer Sprache unlängst erschienener Bücher⁶⁾ über die neueste russische Rechtsentwicklung mit aller durch die sprachliche Unkenntnis des Russischen gebotenen Vorsicht und mit der Reserve des sich auf Übersetzungen Verlassenden⁷⁾ dennoch einige Worte zum neuen russischen Zivilrecht sagen darf, so mag das im Sinne und mit dem Ziele einer vorläufigen Betrachtung gestattet sein, bis ein

⁴⁾ Alexejew-Timaschew, a. a. O. 17. Vgl. auch Sawadsky im selben Sammelwerk 247 f.

⁵⁾ Vgl. hierüber die einleitenden Ausführungen über Rechtsbildung und Rechtsverwirklichung von Alexejew-Timaschew, a. a. O. 1 ff. Zu dem dort S. 10 f. über die Anwendung noch nicht verkündeten Rechts auf vorher entstandene Rechtsverhältnisse Gesagten darf aber doch auch an die römischen *decreta* erinnert sein. Vgl. etwa Kipp, *Gesch. d. Quellen d. röm. R.*⁴ (1919) 70 f. Kübler, *Gesch. d. röm. R.* (1925) 253.

⁶⁾ Heinrich Freund, *Das Zivilrecht Sowjetrußlands*. Mannheim, Bensheimer 1924. 342 S. und Nachtrag ebenda. 1925. 30 S. — *Das Recht Sowjetrußlands in Verbindung mit Bogolepow, Hanfmann, Markow, Pilensko und Zaitzew* hgg. von Maklezow, Timaschew, Alexejew und Sawadsky. Tübingen, Mohr 1925. X und 524 S. — *Bibliothèque de l'institut de droit comparé de Lyon, Etudes et documents, publiés sous la direction de E. Lambert. Tome 9: Les codes de la Russie Soviétique. I. Code de la famille* traduit par Jules Patouillet; und *Code civil* traduit par Jules Patouillet et Raoul Dufour. Avec préface et introduction par Ed. Lambert et Jul. Patouillet. Paris, Marcel Giard. 1925. XVI und 260 S. Ich zitiere diese Sammelarbeiten nach Autor und Seitenzahl. Bei Freund ist, wenn nicht besonders der Nachtrag zitiert ist, das Buch von 1924 gemeint. — Über einige weitere Literatur vgl. die folgenden Anmerkungen.

⁷⁾ Die Möglichkeit der Gegenüberstellung der deutschen und französischen Übersetzung bietet immerhin eine gewisse Gewähr. In einigen Fällen, namentlich wo die deutsche und die französische Übersetzung nicht zusammen stimmten oder sonst Zweifel begegneten, durfte ich mich an Herrn Dr. Späth, den der russischen Sprache kundigen Assistenten am Institut für Rechtsvergleichung in München, um Auskunft wenden, wofür ich ihm auch an dieser Stelle besten Dank sage.

durch Sach- und Sprachkenntnis Berufenerer diese Seiten ersetzt. Ermutigt dazu, diese Zeilen an dieser Stelle erscheinen zu lassen, hat mich das Interesse, das der Versuch einer geschlossenen Darstellung von Staat, Recht und Wirtschaft des Bolschewismus im 18. und 19. Bande dieses Archivs gefunden hat⁸⁾. In der deutschen Literatur wendet sich aus naheliegenden Gründen das Interesse in erster Linie, wie eingangs schon bemerkt, der politischen Betrachtung und Wertung, dann der Wirtschaft, endlich der Ideengeschichte des Bolschewismus zu, während vom Recht in erster Linie das *ius publicum* betrachtet wird⁹⁾. Ist doch auch das „Privatrecht“ ja seinem Wesen nach dem Bolschewismus feindlich oder doch fremd.

In den folgenden Seiten ist demgegenüber gerade das Privatrecht in den Mittelpunkt der Betrachtung gestellt, wobei freilich nie auf die für jede Erörterung bolschewistischen Rechts entscheidende Beobachtung verzichtet werden darf, daß die *Grenzziehung* zwischen privatem und öffentlichem Recht selbst eine problematische ist, und daß die bolschewistische Theorie nur widerstrebend und ihre kommunistischen Grundlehren verleugnend überhaupt Privatrecht anerkennen kann. Es wird dabei nicht ohne ein besonderes Interesse sein, rechtsvergleichende Blicke rückwärts und seitwärts zu werfen. So wenig wie sonst hätte es natürlich auch hier einen Sinn, plan- und ziellos ohne Blickrichtung auf ein *tertium comparationis* zu vergleichen. Wenn wir speziell in der Eigentumslehre auf die neueste nachrevolutionäre deutsche Rechtsentwicklung exemplifizieren, so werden uns ähnliche Ergebnisse der russisch-revolutionär-kommunistischen — sich aber rückbildenden — und der deutschen reformerisch-sozialen Entwicklung begegnen, Parallelen, die freilich den geschichtlich tiefer Blickenden nicht überraschen können. Wenn wir aber anderseits gelegentliche Vergleiche mit der antiken römischen Entwicklung ziehen, so werden wir — den Kundigen freilich auch nicht überraschende — Züge im Laufe der römischen Rechtsgeschichte finden, die uns zeigen, wie flach es ist, jenes Recht als ein durch-

⁸⁾ Auch als Sonderband 1925 erschienen. Das Verdienst der mühevollen Vorbereitung und Herausgabe gebührt unserem unvergeßlichen Peter Klein. Sehr dankenswert sind hier Bibliographien, die über den Stand der Gesetzgebung und Literatur aufklären. Sicherheit wird ja kaum noch erreichbar sein. Vgl. Drahn, Bibliographie, Bolschewismusheft 339 ff. Neuestens Kelmann (Kiew) und Freund (Berlin), Die juristische Literatur der Sowjet-Union (1926). Dort zum Zivilrecht Kelmann 73 ff., 85 ff.

⁹⁾ Vgl. Bolschewismusheft 348 f. Kelmann, a. a. O. 73: *ius privatum latet sub tutela iuris publici!*

weg individualistisch-kapitalistisches Gläubiger- und Herrenrecht zu stigmatisieren, dem jeder soziale Zug fehle.

Neu sind, das muß den Vertretern der umstürzenden Ideen konzidiert werden, in der Praxis des Umsturzes die Personen der Berechtigten geworden, wieder zurückkehren aber die Rechte, nur haben sie ihre Träger gewechselt. Und so sehr das neue Recht es leugnen und abstreiten mag, es trägt an sich Züge der Vergangenheit, der russischen, der eigenen Vergangenheit also¹⁰⁾, und — an anderen Stellen — der Vergangenheit anderer Erscheinungen in der Rechtsgeschichte uns bekannter Zeiten und Völker.

Wenn gegenüber der vorher besprochenen Schwierigkeit, ja wohl Unmöglichkeit, einer einigermaßen sicheren Erkenntnis dessen, was nach der Oktoberrevolution 1917 in Rußland als Recht galt, wir jetzt doch mit einer leidlichen Erkenntnismöglichkeit rechnen können, so ist das die Folge einer Reihe von Kodifikationen des revolutionären Rechts. Sie stammen aus der gleich noch näher zu charakterisierenden Umkehrzeit der Jahre 1922 und 1923 und betreffen so gut wie alle Gebiete des privaten und des öffentlichen Rechts. So sind das Strafrecht und das Strafprozeßrecht zusammenfassend kodifiziert worden, so das Zivilprozeßrecht, das Wechselrecht; so gibt es ein Agrargesetzbuch und ein kodifiziertes Arbeitsrecht, so insbesondere — worauf sich allein die näheren Ausführungen dieses Berichtes beschränken — ein Zivilgesetzbuch, das große Partien des Handelsrechts mitumfaßt, während das Familienrecht unserer bürgerlichen Gesetzbücher in einem

¹⁰⁾ U. zw. des Entwurfs eines russischen Zivilgesetzbuches, der zuerst 1899—1903 in fünf Teilen, als zweiter Entwurf aber 1905 herausgegeben worden ist. W. v. Seeler, Der Entwurf des russischen Zivilgesetzbuches. Berlin, Guttentag. 1911. Auf die starke Abhängigkeit des Sowjetgesetzbuches von diesem Entwurf, der freilich ein sorgfältig ausgearbeitetes, lang und gut überlegtes Opus von 2640 Artikeln darstellt (v. Seeler 9 f.), verweisen immer wieder die Verfasser des oben S. 5 N. 6 genannten Sammelwerkes. Auf die Zeit vor diesem Entwurf hier zurückzugreifen muß ich mir versagen; so ungern den vergleichenden Rückblick der Historiker auch vermißt, hier ist er angesichts der zweckbewußten Vernichtung des Vergangenen eher gestattet, ja in gewissem Sinne geboten. Auch wäre hier russische Sprachkenntnis unbedingte Voraussetzung jeder Arbeit. Vgl. für die Zeit seit dem 17. Jahrh. den Überblick bei v. Seeler 8 f.; für die ältere Zeit das Werk von Leopold Karl Goetz, Das russische Recht. 4 Bde. Stuttgart, Enke. 1910—13 (= Ztschr. f. vergl. Rechtsw. 24, 26, 28, 31). Über das große Werk zum zaristischen Recht von Klibanski, Handbuch des gesamten russischen Zivilrechts I (1911) II, III (1918) vgl. Freund in Kelmann-Freund, Jurist. Lit. S. 12. Ebenda sehr anerkennend zu Klibanski, Die Gesetzgebung der Bolschewiki (oben S. 4 N. 2) betreffend die erste Epoche der neuen Herrschaft.

eigenen Gesetzbuche niedergelegt ist ¹¹⁾. Freilich auch diese Kodifikationen geben kein zuverlässiges und abgeschlossenes Bild. Die ganze Sowjetgesetzgebung ist heute noch im Flusse ¹²⁾. Zahlreiche Dekrete ändern da und dort. Die Ernte der Novellen ist selbst für unsere heutigen, durch Konservativismus der Rechtsbildung nicht mehr verwöhnten Begriffe ungewöhnlich groß. Unrast und Hast, rasche Anpassung an neue tatsächliche Bedürfnisse zeichnen diese Novellengesetzgebung aus ¹³⁾.

Um zum russischen Zivilgesetzbuche (ZGB.), das hier allein näher betrachtet werden soll, eine richtige Einstellung zu bekommen, ist — wie immer — eine geschichtliche Betrachtung seiner Entstehung unerlässlich. Ich darf vorausschicken, daß es sich mir im folgenden nicht so sehr um Wertung ¹⁴⁾, sondern zunächst um die jeder Wertung eines Rechtszustandes notwendig vorausgehende Erkenntnis des russischen bürgerlichen Rechts seit 1917 handelt. Über diese Entwicklung orientieren die genannten ¹⁵⁾ Schriften, wie mir scheint, recht zuverlässig. Freund erklärt im Vorwort (S. 4) ausdrücklich, sich „von einer politischen Stellungnahme für oder gegen das Sowjetsystem vollständig frei-

¹¹⁾ Der mir zur Verfügung stehende Raum reicht nicht aus, auch von diesem Gebiete zu sprechen, so sehr interessant seine Bestimmungen auch sind. Das neue russische Familienrecht geht auf Dekrete vom Dezember 1917 zurück, ist 1918 kodifiziert, und zwar mit Dekret des Allrussischen Zentral-Exekutivkomitees der Räte der Arbeiter-, Bauern-, Rote-Armee- und Kosaken-Deputierten publiziert als „Gesetzbuch über die Personenstandsurkunden und über das Ehe-, Familien- und Vormundschaftsrecht“ (gültig in der Fassung vom 27. 9. 1921). Übersicht bei Freund 46 bis 49. Hanfmann in Recht Sowjetrußlands 332 ff. Großzügig die rechtsvergleichenden Bemerkungen von Ed. Lambert in der Einleitung zur oben (S. 5 N. 6) genannten französischen Übersetzung S. 37 ff. Im übrigen hat begreiflicherweise gerade das Ehe- und Familienrecht noch mehr Interesse erregt als das Vermögensrecht. Vgl. etwa Kössler, Österr. Ger.-Zeit. 15. 3. 1926 S. 84 ff. und die dort S. 84 zit. Literatur. Vgl. ferner mit besonderer Beziehung Kurt Friedländer, Das sowjetrussische Eherecht in seiner Bedeutung für das in Deutschland geltende internationale Privatrecht, Z. vgl. RW. 41, 168 ff. Sympathisch der neuen Ehe- und Familienordnung gegenüber Kelmman im Bericht Kelmman-Freund, Jurist. Lit. 80 ff. Hier stehen sich eben Weltanschauungen gegenüber.

¹²⁾ Dies anerkennen und betonen auch genaue Kenner, S. Kelmman in Kelmman-Freund, Jurist. Lit. 77 u. sonst.

¹³⁾ Freunds reichliche Nachtragssammlung (oben S. 5 N. 6) ist gewiß schon seither wieder ergänzungsbedürftig geworden.

¹⁴⁾ Über deren Notwendigkeit vgl. dieses Arch. 14, 20 ⁴³⁾. Natürlich soll auch in einem aufrichtigen Bericht die Stellungnahme des Berichterstatters nicht verborgen werden. Vgl. Anm. 16.

¹⁵⁾ Oben S. 5 N. 6.

gehalten“ zu haben¹⁶⁾. Ein durchaus ablehnendes Werturteil fallen dagegen begreiflicher Weise über die russische Gesetzgebung seit 1917 die Prager Emigranten, welche das Sammelwerk über Das Recht Sowjetrußlands verfaßt haben. Fürs bürgerliche Recht wird da stets der Vergleich mit dem zaristischen Entwurf gezogen, dabei einerseits bei Ähnlichkeit die Abhängigkeit des Sowjetrechts vom Entwurf, anderseits wo das neue Recht vom alten Entwurf abweicht, die Unrichtigkeit oder Unzweckmäßigkeit der neuen Regelung festgestellt. Entgegengesetzt ist die Einstellung der heute in Kiew und Moskau lehrenden und jede Kritik des Bolschewismus vermeidenden Juristen, die die Bibliographien¹⁷⁾ zu den verschiedenen Rechtsgebieten mit kurzen Einleitungen über die Entwicklungsgeschichte und den gegenwärtigen Stand der Dinge versehen haben.

Wir haben uns an raschen Wandel der Dinge gewöhnt. In der Entwicklung des russischen Rechts seit dem Umsturz, also nicht einmal innerhalb eines Jahrzehnts, hat sich aber eine privatrechtliche Umwälzung vollzogen, die infolge ihrer Ausdehnung und ihrer Intensität beispiellos dasteht. Im Mittelpunkt der Dinge steht das Eigentum, der Eckstein der ganzen privatrechtlichen Vermögensordnung. Seine Vernichtung und seine Wiederherstellung geben der bisherigen sowjetistischen Rechtsentwicklung das Gepräge. Wir pflegen — mit der gemeinrechtlichen Doktrin — Eigentum dasjenige Sachenrecht zu nennen, welches jemandem die Macht gewährt, mit einer Sache beliebig zu verfahren und jeden

¹⁶⁾ Im großen ganzen steht aber doch wohl Freund der neuen Gesetzgebung zum mindesten nicht ablehnend gegenüber. Vgl. z. B. zur Ehegesetzgebung S. 16. Auch seine Urteile über die in Deutschland erschienene Literatur über Sowjetrecht in Kelmann-Freund, Jurist. Lit. 12 ff. dürften von seiner Einstellung bedingt sein. — Dies bei allem Streben nach Objektivität, z. B. in der Beurteilung der Werke von Freytagh-Loringhoven. Für abschließende Urteile über die Literatur scheint freilich auch „die Zeit noch nicht gekommen zu sein“. Daß aber Freunds Werke seine eigene Stellungnahme nicht verbergen wollen, soll gewiß nicht tadelnd bemerkt sein. Vgl. die vorletzte Anm. Die Stellung zum Sowjetrecht, wie zum Bolschewismus überhaupt, wird stets weltanschaulich bestimmt und bei allem Streben nach Objektivität auf beiden Seiten so beeinflußt sein. Erst ein großer zeitlicher Abstand wird zur ruhigeren Würdigung die Vorbedingungen schaffen. Dennoch wäre nichts verfehlt, als einstweilen auf diese Zeit zu warten. So darf der Fernerstehende, insbesondere der Sprachunkundige, namentlich Arbeiten begrüßen, die — wie die von Freund — in erster Linie der Vermittlung der Rechtskenntnis dienen sollen. (Übersetzungen, Kommentare, Berichte über die Fortentwicklung.)

¹⁷⁾ In dem genannten Hefte, das Kelmann und Freund herausgegeben haben.

anderen von ihr auszuschließen. Dieses positive und dieses negative Merkmal ist jedem jungen Juristen bald geläufig. Aber zu allen Zeiten hat es nicht an Bedenken und Angriffen gegen eine solche Ordnung gefehlt. Nicht so sehr die dem einzelnen unter Ausschließung der Mitmenschen eingeräumte Möglichkeit, aus dem Haben der Sache für sich allein Nutzen zu ziehen, war dabei Gegenstand des Angriffs, als vielmehr die von jener extremen Eigentumstheorie dem einzelnen eingeräumte Möglichkeit, das Eigentum nicht zu benützen, ja es zu vernichten. Es liegt mir natürlich hier ferne, eine Geschichte der geistigen Kämpfe um jene Eigentumsidee auch nur mit ein paar Schlagworten anzudeuten¹⁸⁾, von der konservativsten Unbeugsamkeit her bis zu Proudhons krassem Ausspruch 'La propriété c'est le vol'; aber der praktische Versuch der Russen, die Eigentumsordnung zu vernichten, wird uns doch Anlaß geben, die Richtigkeit des eben angedeuteten Satzes zu erproben, daß die Schwäche des theoretischen Eigentumsbegriffes, seine Reformbedürftigkeit gerade in der extremen Folgerung liegt, der Eigentümer allein könne über die Frage entscheiden, ob er das Eigentum auswerten wolle oder nicht. Längst ehe die neuen und neuesten sozialistischen Theorien und kommunistischen Utopien ersonnen waren, kannte die kanonistische Eigentumslehre den Satz, daß der Eigentümer nur Verwalter ihm anvertrauten Gutes sei und dieses im Interesse auch der Nächsten verwalten müsse. Von solchem Standpunkt aus mußte der Eigentumsparagraph 903 unseres BGB. getadelt werden¹⁹⁾, wo die alte romanistische Schulformel begegnet, der Eigentümer könne mit der Sache „nach Belieben“ verfahren — freilich steht gleich die Einschränkung dabei „soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen“. Und unsere Reichsverfassung von 1919 sagt Art. 153 Abs. 1 nichts anderes: „Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen.“ Weiter geht dann aber Abs. 3: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste.“ Daß das mehr ist, oder vielleicht genauer gesagt, mehr werden kann als eine papierne Verfassungsregel, zeigt die Bestimmung über das Immobilienrecht Art. 155, wo „die Be-

¹⁸⁾ In sehr guter Übersicht orientiert hierzu Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches (Grundrisse der Rechtswissenschaft Bd. III 1924) 8 ff. Jetzt kann ich eben noch auf Erich Jung, dies. Arch. 19, 533 ff. verweisen.

¹⁹⁾ Dahin zielte auch die Kritik des Zentrumsredners Rintelen in der Reichstagsberatung 1896. Vgl. darüber und über die Erwiderungen Hedemann 12 f.

arbeitung und Ausnutzung des Bodens“ als „eine Pflicht des Grundbesitzers (!) gegenüber der Gemeinschaft“ hingestellt ist. Wie ernst es aber dem Gesetzgeber ist, zeigt die 153 und 155 vorgesehene Enteignungsmöglichkeit. Wir wissen nicht, wie sich unsere Siedlungsgesetzgebung praktisch auswirken oder weiter vorwärts oder rückwärts entwickeln wird. Aber unsere Gesetzgebung hat damit einen, wie mir scheint, richtigen Mittelweg eingeschlagen, in den, nachdem man die extremsten kommunistischen Theorien praktisch erprobt hatte, nunmehr auch die russische Gesetzgebung einlenkt. Indes wie auch sonst stehen sich hier zwei rechtspolitisch entgegengesetzte Richtungen gegenüber: wo die einen ein Sicherheitsventil zu öffnen glauben, um Explosionen zu verhüten, rufen die anderen ihr starres Principiis obsta!

Im revolutionären Rußland ist schon durch die vorerwähnte Einsetzung revolutionärer, nach ihrem revolutionären Gewissen zu urteilen verpflichteter gewählter Richter die Garantie des Privatrechts aufgehoben. Aber damit kann sich die neue Ordnung schon deshalb nicht begnügen, weil sie in das revolutionäre Gewissen des Richters keinen Einblick hat, also auch selbst seiner Willkür ausgesetzt wäre. So greifen eine Reihe gesetzlicher Vorschriften²⁰⁾ in das materielle Eigentumsrecht der alten Ordnung positiv — oder vielmehr negativ — ein, indem sie immer mehr Sachen *extra commercium* setzen und das Privateigentum an ihnen ausschließen. Diese Entwicklungsphase müssen wir besonders darum festhalten, weil, nachdem die folgenden noch weiter gehenden kommunistischen Experimente ausprobiert sind, eine rückläufige Entwicklung gerade bei dieser Phase wieder angelangt ist.

Der Kampf der neuen Ordnung wendet sich zunächst gegen das Privateigentum an Grund und Boden auf dem Lande. Es wird schon durch das Landdekret vom 26. Oktober 1917 aufgehoben²¹⁾. Das Dekret richtet sich praktisch-politisch gegen den Großgrundbesitz und soll die Pächter und die sonst abhängige bäuerliche Landbevölkerung für die neue Ordnung gewinnen. Ergänzend und vertiefend tritt hinzu das Dekret über die Sozialisierung des Bodens vom 19. Februar 1918. Nun ist positiv ausgesprochen, daß jegliches Privateigentum am Boden, am Erdinnern, an Gewässern, Wäldern und lebendigen Naturkräften für

²⁰⁾ Ich gebrauche diesen allgemeinen Ausdruck, ohne auf verfassungsrechtliche Zuständigkeitsfragen, die ja im kommunistischen Staat ohnedies zurücktreten, einzugehen. Vgl. oben S. 5 N. 5.

²¹⁾ Vgl. zum folgenden Freund 13 ff.

immer aufgehoben sei. Dafür wird allen Arbeitswilligen ein Nutzungsrecht für ihre persönliche Arbeit in Aussicht gestellt. Art. 13 des letztgenannten Dekrets erklärt nämlich: „Die allgemeine und grundsätzliche Quelle des Rechts auf die Nutzung des landwirtschaftlichen Bodens ist die persönliche Arbeit.“ Aber daran schließt sich ein Satz, der — wie wir jetzt sagen können — schon in eine neue positiv aufbauende Richtung weist: „Außerdem wird den Organen der Sowjetregierung das Recht eingeräumt, zur Hebung der landwirtschaftlichen Kultur (zur Einrichtung landwirtschaftlicher Musterfarmen oder von Versuchs- und Musterfeldern) aus den Fonds der vorrätigen Ländereien²²⁾ bestimmte Landparzellen durch Arbeitskräfte bestellen zu lassen, die vom Staate bezahlt werden.“ Das private Eigentum an praedia urbana ist durch Dekret vom 20. August 1918 aufgehoben worden. Die Gebäude fielen größtenteils ins Kommunaleigentum der Städte, den früheren Hauseigentümern wurde in dem durch die Wohnungsgesetzgebung bestimmten Ausmaße und gegen Entrichtung eines als Steuer wirkenden Nutzungszinses die Benutzung der Räumlichkeiten gestattet. Hypotheken auf städtischen Grundstücken wurden, wenn über 10 000 Rubel, sowie überhaupt dann, wenn der Gläubiger „vermögend“ war, annulliert. Kleinere Hypotheken zugunsten von Kleinbürgern wurden mobilisiert, d. h. durch Wertpapiere der neuen Regierung, welche die Hypothekare anstatt ihrer Hypotheken erhielten, abgelöst. Rechtsgeschäfte über Immobilien waren schon am 14. Dezember 1917 grundsätzlich verboten und damit für nichtig erklärt worden. Damit war das alte Immobiliarsachenrecht beseitigt. Die Vorschriften des früheren Obligationenrechts über die Pacht von Grundstücken und Miete von Räumen galten ebenfalls nicht mehr.

Das Mobiliarsachenrecht — und zugleich das Obligationenrecht — verlor dadurch immer mehr an praktischer Anwendungsmöglichkeit, daß ein immer größerer Kreis von Sachen extra commercium gestellt, von Rechtsgeschäften des Handels ausgeschlossen wurde. Konfiskationen und Requisitionen, Ablieferungszwang für landwirtschaftliche Produkte und Industriefabrikate reduzieren allmählich das Eigentum an Mobilien auf die Gegenstände des täglichen Bedarfs, die dem einzelnen belassen oder zugewiesen werden, und die obligatorischen Geschäfte auf größtenteils heimliche Barverkäufe, um das Leben zu fristen. Die Geld-

²²⁾ Gemeint sind exproprierte Klostergüter, Güter der kaiserlichen Familie, der großen Gutsbesitzer, auch Staatsgüter

krise tut das ihre dazu. Der Tauschhandel blüht im Verborgenen. Wir können uns solche Zeiten gut genug vorstellen.

Schenkungen werden an Formen gebunden und dürfen eine bestimmte Höhe nicht erreichen. Diese neue „lex Cincia“ hängt offenbar mit der Aufhebung des Erbrechts vom 27. April 1918 zusammen und soll wohl einer Umgehung der Vorschrift durch Schenkungen unter Lebenden vorbeugen²³⁾).

Soweit es ein Gesetzgeber vermag, ist damit die Aufhebung des Privatvermögensrechts in all diesen Einzelschriften beschlossen. Kaum eine praktische Bedeutung mochte da noch dem Dekret vom 30. November 1918 zugekommen sein, das generell die Anwendung der Gesetze der Zarenregierung verbot: also gab es nur mehr ein bolschewistisches ins „öffentlich-rechtliche“ Fahrwasser hinübergeleitetes ehemaliges „Privatrecht“. Der Arbeitsvertrag²⁴⁾ insbesondere hatte seinen privatrechtlichen Charakter eingebüßt und war ein Rechtsgeschäft unter öffentlich-rechtlichen Normen geworden, das *privatorum pactis mutari non potest* (Papin. Dig. 2, 14, 38). Ein Arbeitsgesetzbuch von 1918 regelte das Arbeitsrecht, dem durchaus eine öffentlich-rechtliche Arbeitspflicht aller 16- bis 50jährigen entsprach, nach ausschließlich publizistischen Grundsätzen. Freilich, um bei der Unmöglichkeit, dieses Rechtsgebiet im folgenden eingehender mit zu besprechen, nur diese Bemerkung hier einzuflechten: es hat in dem neuen Arbeitsgesetzbuch von 1922 eine zum Privatrecht zurückführende Bewegung eingesetzt. Die Arbeitspflicht ist auf Ausnahmefälle (Bedarf lebenswichtiger Betriebe, Elementarkatastrophenhilfe) eingeschränkt, die Lohnarbeit auf den freien Arbeitsvertrag abgestellt. Aber die freie Vereinbarung steht doch noch so stark unter dem Banne zwingender Vorschriften²⁵⁾, daß es Ansichtssache ist, ob man das Arbeitsrecht schon wieder dem Privatrechte zurechnen will oder noch nicht. Art. 28 erklärt nämlich: „Nichtig sind diejenigen Bestimmungen eines Arbeitsvertrags, die die Lage des Arbeitenden im Vergleich

²³⁾ Vgl. Freund 15, 36, 189. Sawadsky 301 findet die Vorschrift originell und unerklärlich. Die Richtigkeit unserer Erklärung wird auch durch die Tatsache bestätigt, daß die Aufhebung der Erbrechtsbeschränkungen (vgl. Schluß dies. Abh.) auch die Beschränkungen von Schenkungen auf den Höchstwert von 10 000 Rubel (ZGB. Art. 138) beseitigt. S. Kelmann in Kelmann-Freund, Jurist. Lit. 76.

²⁴⁾ Freund, Das Arbeitsgesetzbuch Sowjetrußlands. Berlin 1922. Zaitzew, Recht Sowjetrußlands 190 ff. Seither über arbeitsrechtliche Gesetzgebung und Literatur Wakar in Kelmann-Freund, Jurist. Lit. 64 ff., 71 f.,

²⁵⁾ Zaitzew 194 ff.

mit dem Gesetze, dem Tarifvertrage oder mit der Betriebsordnung verschlechtern oder die die politischen oder allgemeinbürgerlichen Rechte des Arbeitnehmers schmälern.“ Tarifvertrag und Betriebsordnung enthalten also ius cogens für die Arbeitsverträge ²⁶⁾). Auch unser Arbeitsrecht ist ja bekanntlich stark von zwingenden, der sozialen Fürsorge für den Arbeitnehmer entsprungenen Vorschriften durchsetzt — von BGB. §§ 617—619 angefangen bis zu RV. Art. 160—162 und den vielen sonstigen reichsgesetzlichen Vorschriften zum Arbeitsvertrage ²⁷⁾).

Diese paar Bemerkungen zum Arbeitsrecht deuten aber immerhin auch die Richtung an, in der sich das Sowjetrecht seit einem Lustrum nach der Zerstörungsphase bewegt. Von der Außenwelt erst viel später erkannt, vollzog sich seit November 1920, also nach einer gerade dreijährigen Zerstörungsphase, eine Abkehr vom rein negativen System. Die harte Not an wirtschaftlichen Werten zwang dazu. Auch die großzügigste Konfiskationspraxis mußte in einem gegebenen Augenblick versagen. Die Werte, welche die Kapitalisten und Mittelstandskreise aus der alten Ära herübergerettet hatten, waren verfallen, verschleudert, verbraucht, auch wohl von klügeren Neureichen in Sicherheit gebracht. Neue Produktion mußte einsetzen. Die ungeheuren und unverwüstbaren natürlichen Reichtümer dieses Landes waren trotz Krieg und Umsturz der Wirtschaftsordnung erhalten geblieben und harrten neuer Ausbeutung. Sine ira et studio und ohne alle Voreingenommenheit wird zu allen Zeiten von der Wirtschaftsgeschichte und nicht weniger von der Rechtsgeschichte das Mißlingen dieses russischen Experimentes, das mit allen politischen und militärischen Machtmitteln von einer rücksichtslos das Vermögen der Bourgeoisie vernichtenden und diese selbst ausrottenden Diktatur des Proletariats im Machtbesitze ungeheuerlicher Naturschätze ausgeführt worden ist, als das wohl bisher in der Geschichte einzig dastehende Ereignis erscheinen, das ungewollt die Unmöglichkeit der Austilgung des Privatrechts

²⁶⁾ Überdies kommt auch hier die generelle Schutzvorschrift für allgemeine Rechte des Arbeiters dazu. Ob solche Rechte verletzt oder gefährdet sind, entscheidet aber der Richter nach seinem revolutionären Gewissen!

²⁷⁾ Hierzu Hoeniger-Wehrle, Arbeitsrecht, Sammlung der reichsgesetzlichen Vorschriften zum Arbeitsvertrage und die schon unübersehbare arbeitsrechtliche Literatur. Daraus Kaskel, Arbeitsrecht in der Enzykl. d. Rechts- u. Staatswiss. von Kohlrausch-Kaskel, Heft XXXI (1925). Gelehrte historische Grundlegung bei W. Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht. Einleitung (1923).

erwiesen hat. Die Sowjetgesetzgebung hat sehr richtig erkannt, daß ohne Eigentum und Erbrecht jeder Sinn für eine privatrechtliche Ordnung aufhört. Sie hat erkannt, daß ohne den Anreiz von Eigentum und Erbrecht die Wirtschaft brach liegt, daß, da es nicht gelungen war, den Egoismus und den ihn zügelnden Familiensinn durch irgend eine kommunistische Allgemeinheitsidee zu ersetzen, der Kommunismus als Wirtschaftsordnung psychologisch unmöglich ist.

Es mag den russischen Machthabern einen schweren Kampf gekostet haben, diesen Zusammenbruch ihrer Ideologie sich selbst einzugestehen, es ist ein Zeichen ihrer politischen Klugheit, daß sie es getan haben. In drei Etappen vollzieht sich diese Wandlung²⁸⁾.

1. Ein Dekret vom 23. November 1920 über die „Konzessionen“ räumt ausländischen Kapitalisten, die ihr Vermögen in Rußland investieren wollen, Sicherheit gegen Angriffe auf dieses Vermögen, gegen Konfiskationen und Requisitionen ein und schafft so eine Privilegienstellung, „eine Art privatrechtliche Exterritorialität“²⁹⁾.

2. Sollten nun nicht die Konzessionen eine — im Sinne der alten Ordnung — privatrechtliche Vorzugsstellung gerade des ausländischen Kapitals mit sich bringen und sollte nicht diesem ausschließlich der Aufbau Rußlands zufallen, so mußte auch den Russen selbst gegenüber die „neue ökonomische Politik (NEP.)“ zur Anwendung gebracht und ihnen der Erwerb privater Rechte ermöglicht, der Besitz solcher Rechte garantiert werden. Ein Dekret vom März 1921 führte unter Lenins Einfluß zu dieser radikalen Kursänderung. Den Bauern wurde gestattet, gegen Entrichtung von Naturalsteuern den Überschuß ihrer Produkte im freien Handel zu verwerten. Allmählich wurden die mittlere und kleinere Industrie und der ganze Innenhandel freigegeben und nur Großindustrie, Außenhandel und Transportwesen blieben als eine Art Monopol dem Staate vorbehalten³⁰⁾. Dabei hat sich übrigens noch eine wenig beachtete und doch sehr einschneidende und durchaus nicht bloß theoretische Wandlung vollzogen. Ganz unbemerkt erscheint an Stelle der kommunistisch lebenden Gesellschaft der Staat als der Träger von „Privatrechten“. Jetzt, bei dem als Staatskapitalismus bezeichneten System, handelt es sich, wenn man einmal die Möglichkeit privater Rechte Privater anerkennt, noch um die Abgrenzung der möglichen Rechtssphären

²⁸⁾ Freund 17 ff.

²⁹⁾ Freund 17.

³⁰⁾ Freund 19.

zwischen Staat und einzelnen. Und es ist nur natürlich, daß dabei die Monopolstellung des Staates zunächst aufs stärkste betont, möglichst viel also für die staatliche Erwerbstätigkeit reserviert wird. Jetzt ist man aber schon bald auf demselben Standpunkt, auf den andere Rechtsordnungen — vgl. RV. Art. 155 u. a. — durch Kompromisse mit sozialistischen Theorien gekommen waren, auch wenn sie den vollen Umsturz der Wirtschaftsordnung vermieden hatten.

Wollte man die private Wirtschaft nun neu aufleben lassen, so war der Schutz des mit ihr neu Erworbenen notwendig. Keine Privatwirtschaft ohne Privatrecht und kein Privatrecht ohne staatlichen Rechtsschutz. Die Revolution hatte die Entrechtung der im zaristischen Rußland berechtigt Gewesenen mit sich gebracht. Und diese Entrechtung ist geblieben. Gewiß, schon Zweckmäßigkeitsgründe mochten dagegen sprechen, durch Wiederherstellung der alten Ordnung ein neues Chaos zu schaffen, und selbst die Emigranten und Anhänger des alten Regimes denken nach gelegentlichen Kundgebungen nicht daran. Auch bei uns muß der größere Teil der Bürger auf dem Trümmerfelde des wirtschaftlichen Zusammenbruches neu aufbauen. Auch bei uns haben die Entrechteten keine Aussicht auf volle Wiederherstellung ihrer Privatrechte. Und doch ist unsere Einstellung zum Wiederaufbau eine andere als es die der Russen sein mag. Denn so unzulänglich die deutsche „Aufwertung“ sein mag, sie enthält doch das Eingeständnis des Unrechts und den bescheidenen Versuch, es gutzumachen. Dort aber steht der Staat bewußt den Entrechteten feindselig gegenüber. Das gleich zu nennende Dekret über die privatrechtlichen Grundrechte erklärt: „V. Dieses Dekret hat keine rückwirkende Kraft und gibt den früheren Eigentümern, deren Vermögen auf Grund des revolutionären Rechts vor dem Erlaß dieses Dekrets expropriert worden ist, nicht das Recht, die Rückgabe des Vermögens zu fordern.“ Damit ist die Generation, über die die Revolution gekommen ist, der schwersten Lebensprobe ausgesetzt worden. Sie muß den verlorenen Glauben daran wieder gewinnen, daß der Staat, der hierin einmal versagt hat und dies noch rühmend hervorhebt, Rechtsgarantien wieder geben will und — was vielleicht noch schwerer zu glauben ist — geben kann.

3. Die neue Ordnung setzt ein mit dem Dekret der III. Session des Allrussischen Zentralexekutivkomitees über die privatrechtlichen Grundrechte in vermögensrechtlicher Beziehung, die von der Russischen sozialistischen födera-

tiven Sowjetrepublik anerkannt, durch die Gesetze geschützt und durch die Gerichte der R. S. F. S. R. verteidigt werden. Das Dekret ist vom 22. Mai 1922 datiert. Es ist eine Art Staatsgrundgesetz, stellt große Richtlinien auf, die im Zivilgesetzbuche und anderen Gesetzen ihre nähere Ausführung finden. Bei der Ermöglichung privatrechtlicher Vermögensrechte geht das Dekret taxativ aufzählend vor³¹⁾. Es anerkennt von dinglichen Rechten Eigentum an nicht kommunalisierten Gebäuden und an beweglichen Sachen, soweit diese in commercio stehen, Baurecht und Pfandrecht; dann ein sehr beschränktes Erbrecht und ein ziemlich liberales Obligationenrecht; außerdem immaterielles Güterrecht.

Dieses Leninsche Kompromiß zwischen der kommunistisch-revolutionären Vernichtung des Privatrechts und der alten kapitalistischen Privatrechts-, insbesondere Eigentumsordnung wird als „Staatskapitalismus“ bezeichnet. Insoferne, als jetzt die unbeschränkte Richterwillkür und die damit gegebene vollständige Rechtsunsicherheit doch für den Kreis der gesetzlich gewährten Rechte beseitigt ist, kann man auch von revolutionärer Gesetzlichkeit sprechen. Ob man darum jetzt Sowjetrußland einen „Rechtsstaat“ nennen darf oder nicht³²⁾, wird erst die Zukunft lehren. Selbst wenn man sich einmal „auf den Boden der Tatsachen stellen“ und die grundsätzliche Entrechtung der Altberechtigten außer Betracht lassend, nur von den nunmehr möglich gewordenen Rechten ausgehen will, selbst wenn man es durchaus als Recht einer Staatsordnung anerkennen will, den Kreis der Privatrechte und der Privatrechtsgegenstände beliebig klein zu ziehen, selbst wenn man dem Staate die Ausschließung von seine Gerichtshoheit beschränkenden und gefährdenden Schiedsgerichtsvereinbarungen durchaus zubilligen will³³⁾, und wenn insbesondere der römische Rechtshistoriker³⁴⁾ in der Tatsache, daß bei Streitigkeiten zwischen

³¹⁾ Also werden Rechte, die nicht ausdrücklich gewährt sind (vgl. unten) im Zweifel auch nicht geschützt. Vgl. Freund 22.

³²⁾ Vgl. darüber die Debatte in der DJZ. 1925. Engländer neigt zur Bejahung, stellt allerdings auch noch einstweilen unerfüllte weitere Voraussetzungen. 1233 ff., 1237. Rabinowitsch dagegen 1650 ff. lehnt diese Bezeichnung grundsätzlich noch ab. Ersterer ist Wiener Rechtsanwalt, letzterer russischer Rechtsanwalt in Berlin. Vgl. auch die kurze Notiz eines Sachkenners, wie es Prof. von Tuhr war, DJZ. 1925, 76.

³³⁾ ZGB. (russisches Zivilgesetzbuch vom 31. Oktober 1922 s. u.) Art. 2: Zivilrechtliche Streitigkeiten werden gerichtlich entschieden. Ein Verzicht auf das Recht der Anrufung des Gerichts ist nichtig.

³⁴⁾ Auch in Rom hat es zu einer Verwaltungsgerichtsbarkeit nur spärliche Ansätze gegeben. Vgl. Wenger, Instit. d. röm. Zivilprozeßrechts (1925) 17. Auch die privatrechtliche Stellung des Fiskus entscheidet hier nicht.

dem Staat und seinen Organen einerseits und Privatpersonen andererseits stets ersterer im rechtlichen Vorteil ist, nichts bisher Unerhörtes findet, so bleiben doch einige starke Bedenken, die ja vielleicht von der praktischen Entwicklung ausgeräumt werden können. Hierher gehört vor allem Art. 1 des ZGB., wonach die — anerkannten — bürgerlichen Rechte Gesetzesschutz genießen, „mit Ausnahme derjenigen Fälle, in welchen sie im Widerspruch zu ihrer sozial wirtschaftlichen Bestimmung verwirklicht werden“. Hierüber aber befindet der Richter. Die Sowjetjurisprudenz selbst mißt dieser Bestimmung große Bedeutung zu³⁵⁾, ja Hoichbarg, der Verfasser des Gesetzes, sieht im Art. 1 „den Eintritt des Marxismus in das Gebiet der Gesetzgebung“³⁶⁾. Schwerwiegender ist aber m. E. Art. V des Einführungsgesetzes, der eine Extensivinterpretation des ZGB. zuläßt, „wenn dies der Schutz der Interessen des Arbeiter- und Bauernstaates und der arbeitenden Massen erfordert“³⁷⁾.

Aber wenn man sich in den Geist der Sowjetgesetzgeber hineinzuversetzen versucht, so begreift man derartige ohnedies spärliche Reminiszenzen an die revolutionäre Vernichtung des bürgerlichen Rechts sehr wohl. Es handelt sich ja darum, die Umkehr nicht bloß praktisch vorzubereiten, sondern auch — wenn auch nur recht äußerlich — dem prinzipiellen Kommunismus irgendwie verständlich zu machen, mit ihm scheinbar in Einklang zu bringen und die Angriffe der unentwegten Unversöhnlichen auf diese Kompromißordnung abzuwehren. So verstehen wir es, wenn die Sowjetjurisprudenz den Versuch macht, das ZGB. nicht als Privatrecht, sondern als öffentliches Recht hinzustellen, oder wenn der nichtrussische Beurteiler³⁸⁾, der diesem Gedanken Rechnung tragen möchte, die Formel prägt, das ZGB. enthalte „nur öffent-

³⁵⁾ Rabinowitsch, a. a. O. 1652.

³⁶⁾ Rabinowitsch, a. a. O. Auch mir scheint die Bestimmung mehr als ein auf die Allgemeinheit ausgedehntes Schikaneverbot. Freund, der S. 115 dieser Auffassung zuneigt, hält übrigens auch mit seinen Bedenken gegen die mögliche Auswirkung des Artikels nicht zurück.

³⁷⁾ Schöndorf, Rhein. Ztschr. 13, 267 meint daher nicht mit Unrecht, daß „in dem kommunistischen Reich das Gesetz, um mit Bülow zu sprechen, bloßer Entwurf des Rechts sei, erst die Praxis werde zeigen, ob wirkliches Recht besteht und wie es beschaffen ist“. Je mehr unsere heutige Prozeßwissenschaft Bülows Lehre ablehnt (vgl. etwa neuerdings Sperl, Lehrb. d. bürgerlichen Rechtspflege I, 1925 S. 5; J. Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, 1925, 151 ff., 265 ff. Ders. Rhein. Zeitschr. 14, 418), desto lehrreicher wird die Beobachtung des russischen Exempels sein, die möglicherweise jene Theorie in die Wirklichkeit eines positiven Prozeßrechts umsetzt.

³⁸⁾ Freund 24.

liches Recht unter Benutzung privatrechtlicher Formen“. Es wäre müßig, hier sich über solche terminologische Fragen zu streiten³⁹⁾, und es ist, da die Gegenüberstellung von *ius publicum* und *privatum* nach einer weisen Bemerkung Ulpians (Dig. 1, 1, 1, 2) doch nur die Feststellung der *duae positiones* des Rechtsstudiums bedeutet, auch schließlich gleichgültig, ob wir das ZGB. in die eine oder andere Gruppe einreihen. Von theoretisch und praktisch entscheidender Bedeutung für die Beurteilung des neuen Rechtes ist es aber, wieweit in ihm der Dispositionsmacht der Parteien Rechnung getragen ist. Und hier läßt sich allerdings feststellen, daß die Grenzziehung sehr zugunsten des *ius cogens* geschehen ist. Das ist übrigens auch in unserem Nachkriegsrecht eine typische Erscheinung, und es ist auch bei uns das Problem in abgemilderter Auswirkung dasselbe: wird sich die Entwicklung im individualistischen oder im sozialistischen Sinne bewegen? Unser Obligationenrecht, einschließlich des Miet-, ja wohl auch des Arbeitsrechts, scheint sich nach einer mehr sozialistischen Phase nach der individualistischen Seite — hoffentlich nicht allzu ausschließlich — zurückzubilden. Im übrigen ist es ja bekannt, daß allgemein das Obligationenrecht vom Prinzip individueller Freiheit, das Sachenrecht von dem der Bindung an zwingende Normen beherrscht ist. So darf es uns nicht verwundern, wenn das neue russische Recht — kaum bewußt, aber tatsächlich — dieser Regel folgt.

Dem Dekret über die Zuerkennung bürgerlicher Rechte an die Bürger Sowjetrußlands folgen alsbald ausführliche Gesetzbücher. Des Arbeitsgesetzbuchs geschah schon Erwähnung. In ungemein rascher Arbeit wurde dann der Entwurf eines Zivilgesetzbuches hergestellt und am 31. Oktober 1922 vom Allrussischen Zentral-exekutivausschuß angenommen. Es trat schon am 1. Januar 1923 in Kraft. Nach üblichem Schema wird es von einer Einführungsverordnung begleitet. Sein Inhalt entspricht nur teilweise dem, was etwa der Kenner unseres BGB. erwartet. Einerseits fehlt, wie des Zusammenhangs wegen wiederholt sei, im ZGB. das Familienrecht, sowie von auch sonst meist der Sondergesetzgebung vorbehaltenen Materien das Agrarrecht⁴⁰⁾, das in einem gleichzeitigen Agrargesetzbuch vom 30. Oktober 1922 seine Regelung

³⁹⁾ In der Sowjetjurisprudenz und in der französischen rechtsphilosophischen und rechtspolitischen Literatur, auf die sich die neue russische Jurisprudenz stützt, spielt diese Frage aber eine große Rolle. Vgl. Freund 29.

⁴⁰⁾ Freund *passim*. Vgl. einerseits Zaitzew, Recht Sowjetrußlands 161 ff., Bolschewismusheft 182 ff., Brutzkus ebenda 222 ff., anderseits Gerschonow in Kelmman-Freund, Jurist. Lit. 46 ff.

gefunden hat, und das erst teilweise geregelte immaterielle Güterrecht; andererseits nimmt das ZGB. das Recht der Handelsgesellschaften auf, während das Wechselrecht wiederum in einer eigenen Wechselordnung vom 20. März 1922 enthalten ist.

Für das ZGB. ergibt sich die Einteilung: Allgemeiner Teil, Sachen-, Obligationen- und Erbrecht. Es enthält nur 435 Artikel. Und es ist trotz seiner besonders im Emigrantenbuch hervorgehobenen Abhängigkeit vom alten zaristischen Entwurf und auch vom deutschen BGB. doch ein erster Versuch auf ganz neuer tatsächlicher Basis: in der Eile nicht sorgfältig redigiert, lückenhaft und unausgeglichen, ein Gemisch von grundlegenden Neuerungen gegenüber dem bisherigen Recht und von übernommenen Detailvorschriften. Manche Züge gemahnen an die *leges Romanae barbarorum*, die auch auf einem zerbrochenen Staate mit Bausteinen des alten Gebäudes errichtet worden sind. Daß auch im russischen Recht noch eine Renaissance kommen wird, darf man nach dem gegenwärtigen Entwicklungszuge wohl annehmen.

Nur einige Partien des Gesetzes sollen zur Betrachtung hervorgeholt sein. Die Lehre von den Rechtssubjekten (Personen) gabelt sich in der uns geläufigen Weise in die Bestimmungen über die physischen (Art. 4—12) und juristischen Personen (Art. 13—19).

Die Rechtsfähigkeit empfangen diese Menschen vom Staate, sie ist sein Geschenk, das er wieder nehmen kann. Kein Menschenrecht, keine Menschenwürde ist mit dem neuen Russen geboren. Art. 4: „Zur Entwicklung der schaffenden Kräfte des Landes gewährt die R. S. F. S. R. die bürgerliche Rechtsfähigkeit (die Fähigkeit, bürgerliche Rechte und Verpflichtungen zu haben) allen Bürgern, die nicht gerichtlich in ihren Rechten beschränkt sind.“ Was als selbstverständliche und gar nicht mehr in Gesetzen erst näher zu erläuternde westeuropäische Rechtssatzung gilt, daß der Mensch als solcher Rechtsfähigkeit besitze⁴¹⁾, ist dieser Ideologie fremd. Die Staatsomnipotenz kommt vielleicht nirgends so klar zum Ausdruck wie gerade in diesem Paragraphen. Subjektive Rechte existieren nicht als solche. Der Mensch hat Pflichten gegen die Gesamtheit. Das Individuum hat Funktionen im Staate zu erfüllen. Dazu bekommt es als vom Staate ihm zur Arbeit verliehenes Werkzeug unter anderem die Rechtsfähigkeit.

⁴¹⁾ BGB. § 1: Die Rechtsfähigkeit eines Menschen beginnt mit seiner Geburt.

Es ist die Lehre des Franzosen Duguit⁴²⁾, auf die sich die Sowjetjuristen stützen, und aus der sie ihre eigenen Folgerungen ziehen. Aber auf die Verleihung der Rechtsfähigkeit und auf deren Umfang haben nach ZGB. Art. 4 Abs. 2 „das Geschlecht, die Rasse, die Nationalität, das Glaubensbekenntnis und die Herkunft keinerlei Einfluß“. Mit dieser Betonung der Rasse neben Nationalität und Konfession dürfte gegenüber dem alten Recht insbesondere auch die Gleichwertung derjenigen Juden gewollt zum Ausdruck gebracht sein, welche sich nicht zum mosaischen Glauben bekennen. Natürlich fallen unter die Rasseverschiedenen dann die Völker des Ostens und Südostens, die auch heute noch dem Riesenreich angehören. Die Gleichgültigkeit der „Herkunft“ deutet wohl auf die Aufnahme nichtrussischer Staatsbürger. Auch ihnen kann der Staat natürlich die Rechtssubjektivität, die Persönlichkeit im russisch-rechtlichen Sinne, verleihen. Es handelt sich praktisch um die Verleihung des Asylrechts, das nach Art. 21 der Verfassung der R. S. F. S. R. sämtlichen Ausländern verliehen wird, die wegen politischer oder religiöser Verbrechen verfolgt werden. Der Satz ist dem Art. 120 der französischen Verfassung von 1793 nachgebildet, wonach *le peuple français donne asyle aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté*⁴³⁾. Nun scheint Art. 6 freilich eine Garantie zu geben, da Entziehung und Beschränkung der bürgerlichen Rechte nur in gesetzlich bestimmten Fällen und in einem gesetzlich geregelten Verfahren möglich sind — aber es genügt, an den schon zitierten Art. 1 des ZGB. zu erinnern, um das Prekäre dieses Art. 6 sofort einzusehen. Wer die bürgerlichen Rechte besitzt, hat damit außer der Fähigkeit, die gesetzlich zulässigen Privatrechte und -pflichten zu haben, insbesondere Freizügigkeit, Ansiedlungs- und Gewerbefreiheit. Aber nicht ohne Einschränkung: der Staat wahrt seine Grenzhoheit und zieht ringsum einen Limes „von den Grenzpunkten bis zur Staatsgrenze“, für den eine allgemeine Freizügigkeit durchaus nicht besteht⁴⁴⁾. Auch von einer Auswanderungsfreiheit⁴⁵⁾ ist, soweit ich sehe, im russischen Recht zum mindesten nicht die Rede. Staaten mit allgemeiner Wehrpflicht beschränken sie ja stets. Da-

⁴²⁾ Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. Paris 1912. Darüber Freund 25 ff., 120.

⁴³⁾ Maklezow 369. Gewiß trifft dabei die Einschränkung zu, daß in der Praxis das Asylrecht nur solchen Personen, die in ihren politischen Anschauungen Bolschewisten sind, gewährt werden dürfte.

⁴⁴⁾ Freund 121. Vgl. deutsche RV. Art. 111.

⁴⁵⁾ Vgl. deutsche RV. Art. 112, der ebenso wie Art. 111 allerdings die Möglichkeit von Beschränkungen vorsieht.

gegen kennt das Sowjetstrafrecht (Strafgesetzbuch von 1922)⁴⁶⁾ wieder eine Strafe, die, in den modernen Strafgesetzgebungen verschwunden, dem Rechtshistoriker insbesondere der Antike wohl bekannt ist, die Ausweisung. Sie ist im besonderen die Strafe für ein politisches Hauptdelikt, für die Propaganda der Beihilfe an die internationale Bourgeoisie. Sie bedeutet Aberkennung sämtlicher Rechte, also auch der Freizügigkeit in Rußland⁴⁷⁾. Vermögenskonfiskation mit oder sogar ohne Belassung des Existenzminimums ist hier zugleich ja auch tatsächliche Vernichtung der vom Staate widerruflich gewährten Rechtssubjektivität.

Wie in anderen Rechtsordnungen wird von der Rechtsfähigkeit die Geschäftsfähigkeit geschieden. Alter und geistige Gesundheit bestimmen den Unterschied. Dabei ist die volle Geschäftsunfähigkeit wegen mangelnder Altersreife hoch angesetzt: bis zum vollendeten 14. Lebensjahre reicht diejenige Periode, die wir juristisch als „Kindheit“ zu bezeichnen pflegen. Es mag vom rechtspolitischen Standpunkt aus zu überlegen sein, ob die halbe Geschäftsfähigkeit so sehr Jugendlicher (zwischen 7 und 14 Jahren) demgegenüber unter allen Umständen empfehlenswert sei, und ob das russische Recht nicht da auch für uns de lege ferenda das Richtigere getroffen habe. Neu ist nun diese Bestimmung für Rußland freilich nicht, sie entspricht vielmehr dem zaristischen Recht und war auch im zaristischen Entwurfe so vorgesehen gewesen⁴⁸⁾, überraschend ist höchstens, daß die Sowjets an dieser langen juristischen Kindheit festgehalten haben⁴⁹⁾. Der noch nicht Vierzehnjährige wird durch seinen gesetzlichen Vertreter im ganzen rechtsgeschäftlichen Verkehr vertreten. Vom 14. bis zum vollendeten 18. Lebensjahre ist der Russe beschränkt geschäftsfähig und kann mit Einverständnis⁵⁰⁾ seines gesetzlichen Vertreters rechtsgeschäftlich tätig werden. Er verfügt jetzt selbständig über den von ihm empfangenen Arbeitslohn⁵¹⁾. Wenn es im ArbeitsGB. Art. 31 heißt, daß der Minderjährige schlechthin zwar für den Abschluß von Arbeitsverträgen voll geschäftsfähig ist, aber Eltern und Vormünder bei Gefährdung seiner Gesundheit oder bei Übervorteilung den Vertrag lösen können⁵²⁾, so mag es fraglich werden,

⁴⁶⁾ Maklezow 366 f.

⁴⁷⁾ Maklezow 388. Vgl. Freund 121.

⁴⁸⁾ v. Seeler, a. a. O. 77 ff.

⁴⁹⁾ ZGB. Art. 7.

⁵⁰⁾ Offenbar im Sinne von Zustimmung unseres BGB. § 182, also sowohl Einwilligung § 183, als auch Genehmigung § 184 mitumfassend.

⁵¹⁾ Vgl. unser BGB. §§ 112 f.

⁵²⁾ Freund 122.

ob diese Vorschrift nicht durch einschränkende Interpretation etwa bloß auf Personen über 14 Jahren anzuwenden sei, während Personen unter 14 Jahren auch Arbeitsverträge nicht abschließen können. So viel für solche Restriktion zu sprechen scheint, so lassen sich andererseits doch gerade im landwirtschaftlichen Leben Verträge mit ganz jugendlichen Personen wohl vorstellen. Vom vollendeten 18. Lebensjahre an ist der Mensch voll geschäftsfähig⁵³⁾. Hier sehen wir deutlich das Interesse an der Mitarbeit der Jugendlichen im Staate, das vornehmlich ja wohl ein politisches sein wird. Vergleicht man die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit im ZGB. mit denen etwa unseres BGB. oder des zaristischen Entwurfs⁵⁴⁾, so hat das ZGB. den Vorzug größter Kürze und Vermeidung allen Details. Hier wird wohl erst die Praxis ausbauen müssen. Ob das eine oder andere System erwünschter ist, ist eine alte Streitfrage. Für welches von beiden sich der Sowjetgesetzgeber entscheiden mußte, lag auf der Hand.

Noch in einem zweiten die Geschäftsfähigkeit betreffenden Fragenkomplex hat das ZGB. eine vereinfachende Stellung eingenommen. Während bei uns (BGB. § 104 Z. 2 und 3) sowohl die Tatsache der Geisteskrankheit als auch die Entmündigung, also sowohl der sachliche als auch der formale Tatbestand für die Geschäftsunfähigkeit in Betracht kommen, während wir ferner Geisteskrankheit und Geistesschwäche verschieden behandeln, entscheidet nach ZGB Art. 8 nur das formale Kriterium der Entmündigung. Betroffen werden Geisteskranke und Geistesschwache, die geschäftsunfähig, Verschwender, die beschränkt geschäftsfähig werden, wenn sie entmündigt sind. Dennoch ist die Tatsache der Geisteskrankheit nicht gegenstandslos, wird vielmehr im Eherecht bedeutsam. Während nämlich, was zu den Vorschriften des ZGB. paßt, der Art. 193 des Familiengesetzbuches und eine angehängte Anweisung über die Untersuchung von Geisteskranken die Formalia der Entmündigung und der mit ihr verbundenen Vormundschaft über den Entmündigten regelt,

⁵³⁾ Mädchen werden mit 16 Jahren ehemündig. Im früheren Sowjetrecht wurden sie mit 16 Jahren in jeder Hinsicht mündig, aber das ZGB. hat ohne Unterschied des Geschlechts das Mündigkeitsalter mit 18 Jahren festgelegt, und diese Norm gilt wohl als *lex posterior derogans* für das frühere Recht. Die Ehemündigkeit als Sondervorschrift wird daneben fortbestehen. Vgl. über Zweifel Freund 122 f. zu Art. 7.

⁵⁴⁾ v. Seeler 79 ff.

erklärt Art. 78⁵⁵⁾ die von Geisteskranken oder von im Zustand vorübergehender geistiger Störung befindlichen Personen (vgl. BGB. § 104 Z. 2 und § 105 Abs. 2) geschlossene Ehe für nichtig. Hier schien also doch auch der Sowjetjurisprudenz das Interesse an der Verkehrssicherheit nicht entscheidend, obwohl man ja nach russischem Recht viel leichter aus einer Ehe freikommt als etwa aus einem Kaufgeschäft. Dennoch ist der mit einem nicht entmündigten Geisteskranken geschlossene Kauf gültig, der mit dem Entmündigten, aber tatsächlich nicht Geisteskranken geschlossene Kauf ungültig, während bei uns in beiden Fällen das Geschäft nichtig ist (§ 105 BGB.). Ob man nach Sowjetrecht aber die Ehe eines zu Unrecht Entmündigten wird für gültig halten und nur die Tatsache der Geisteskrankheit — wie BGB. § 1325 — entscheiden läßt, wage ich nicht zu sagen; sicher ist nur, daß im Sowjetrecht jedenfalls die Tatsache der Geisteskrankheit ohne Formalkriterium die Ehe nicht entstehen läßt. Indes es hieße ein Buch schreiben, wollte man so Fragen weiterspinnen, die das Gesetzbuch aufwirft, ohne Antwort zu geben.

Noch mehr als bei uns ist es konsequent und selbstverständlich, wenn das Gesetz alle Selbstbeschränkung von Rechts- und Geschäftsfähigkeit verbietet und für nichtig erklärt. Während wir mit Handeln gegen die guten Sitten operieren müssen, ergibt sich dort, wo der Staat die bürgerlichen Fähigkeiten verleiht, um für die Allgemeinheit aus ihrem Gebrauch Nutzen zu gewinnen, das Verbot von selber. Auf die Pflicht kann keiner verzichten!

Durch eine große Zahl von Sondervorschriften ist das Recht der juristischen Personen außer den Artikeln des ZGB. (Art. 13—19) geregelt. Die großen Fragen des Verhältnisses zu den Konzessionen, zum Staatskapitalismus, aber auch zu den religiösen Korporationen tauchen hier auf. Man müßte darüber entweder sehr viel oder man darf, wenn das nicht möglich ist, gar nichts sagen. Auch dürften wohl diese Partien zu den wandelbarsten des ZGB. gehören.

An die Lehre von den Rechtssubjekten schließt sich die von den Objekten, freilich beschränkt auf die Festlegung der Verkehrsunfähigkeit vieler Dinge — s. u. beim Sachenrecht —, um damit doch stillschweigend die Verkehrsfähigkeit als Prinzip an-

⁵⁵⁾ Dazu kommt noch Art. 67 des Familiengesetzbuches, wonach „wer eine Ehe zu schließen wünscht, bei gesundem Verstande sein“ muß. Der Art. fehlt in der französischen Übersetzung, die dafür Art. 66 Abs. 2 (Freund) als Art. 67 zählt. Nach Dr. Spaeths Mitteilung entspricht Freunds Übersetzung dem russischen Original.

zuerkennen. Ansonsten steht in dem Abschnitt Rechtsobjekte nur noch ein Paragraph (Art. 25) über Zubehör, dessen zweiter Absatz die kasuistischen Regeln unseres Rechtes (BGB. §§ 314; 926; 1031; 1062; 1096; 1551; 2164 u. a., dazu etwa Riezler in Staudingers Kommentar I,⁹ (1925) 379 f.) durch die wie einem Pandektenlehrbuch entnommene Regel ersetzt: „Das Zubehör folgt dem Schicksal der Hauptsache, wenn in einem Verträge oder Gesetze nicht das Gegenteil bestimmt ist.“

Nun folgt der Abschnitt „Rechtsgeschäfte“. Er bietet dem vom gemeinen Recht oder der deutschen Zivilistik Kommenden am wenigsten Neues. Sogar eine brave Definition des Rechtsgeschäftes steht da. Art. 26: „Rechtsgeschäfte, d. h. Handlungen, die auf die Begründung, Veränderung oder Aufhebung von bürgerlichen Rechtsverhältnissen gerichtet sind, können einseitige und gegenseitige⁵⁶⁾ (Verträge) sein.“ Formvorschriften schließen sich an. Es gibt mündliche und schriftliche Errichtung von Rechtsgeschäften. Neben der einfachen Schriftform steht notarielle Beglaubigung und Errichtung der Urkunde vor dem Notar, wobei zugleich Eintragung in ein notarielles Urkundenbuch mit Parteienunterschrift vorgesehen ist. Im ganzen weist dabei das staatliche Notariat, zuletzt durch ein Dekret vom 13. Juni 1923 geregelt, die Züge unseres Notariats auf. Weitere Vorschriften betreffen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte. Überall treffen wir da auf Bekanntes oder finden uns doch im andersartig Geregelten leicht zurecht. Neben dem *contra legem* und dem in fraudem legis errichteten und darum nichtigen Rechtsgeschäfte nennt ZGB. Art. 30 „ein Rechtsgeschäft, das auf die offenbare Schädigung des Staates gerichtet ist“. Das ist wohl die sowjetistische Formulierung des *contra bonos mores* gehenden Geschäfts. Die Folge solcher Nichtigkeit ist, wie wir aber erst im Recht der Schuldverhältnisse Art. 147 erfahren, daß keine Partei Rückerstattung der schon erfolgten Leistung begehen kann, sondern daß die ungerechtfertigte Bereicherung zugunsten des Staates beigetrieben wird (Art. 402). Dabei wird entsprechend dem freilich mehr gewollten als durchgeführten⁵⁷⁾ Prinzip der Erfolgshaftung das objektive Moment der Staatsschädigung genügen. Neben den uns geläufigen Anfechtungsgründen (Betrug, Zwang, Irrtum Art. 32

⁵⁶⁾ Der Franzose übersetzt *mutuels*. Wir sagen und müssen wohl auch richtiger übersetzen „zweiseitige“ statt gegenseitige, bei denen wir ja nur an synallagmatische Verträge denken. Gegenseitige Verträge sind nach uns geläufiger Terminologie erst eine Unterart der Verträge (der zweiseitigen Rechtsgeschäfte) schlechthin.

⁵⁷⁾ Vgl. später unten.

ZGB.) handelt Art. 33 von der Anfechtung wegen Notlage. Wucher ist nur ein Unterfall, denn Art. 33 setzt nicht wie BGB. § 138 Abs. 2 Dolus voraus. ZGB. Art. 33 sagt: „Wenn eine Partei unter dem Einflusse äußerster Not ein ihr offenbar ungünstiges Rechtsgeschäft geschlossen hat, so kann das Gericht auf Verlangen der geschädigten Partei oder der zuständigen staatlichen Organe und kommunalen Organisationen entweder das Geschäft für nichtig erklären oder dessen Wirksamkeit für die Zukunft aufheben.“ Die geschädigte Partei kann bereits Geleistetes zurückfordern, die andere Partei aber nicht; was der geschädigte Teil seinerseits erhalten hat, wird ihm allerdings auch abgenommen, verfällt aber dem Staate (ZGB. Art. 149 f.). Der Schutz des wirtschaftlich Schwachen ist nicht auf die Fälle der Ausbeutung beschränkt. Staats- und Gemeindeorgane sind zum Schutz desjenigen berufen, der nicht selber klagt. Eine Novelle von 1924⁵⁸⁾ verpflichtet die Beamten zur Erhebung der Nichtigkeitsklagen, wenn die Geschäfte durch Mitglieder von Familien solcher Personen geschlossen sind, die zur Ableistung der Wehrpflicht in der Roten Armee und Flotte einberufen sind. Fast drollig aber mutet die Verordnung an, daß die Staatsbank als Gläubigerin von der Vorschrift des Art. 33 nicht betroffen werden kann⁵⁹⁾. Der Staat ist also jedenfalls höher bewertet als der notleidende Bürger. Sehr spärlich ist das zur Stellvertretung und zur Lehre von der Bedingung Gesagte. Dabei sind es nicht gerade die wichtigsten Punkte, die Erwähnung finden. So steht unter den drei Bedingungsparagraphen der doch weniger bedeutsame Art. 43, der unserem aus dem gemeinen Recht entnommenen BGB. § 160 entspricht und sich gegen böswillige Verhinderung bzw. Förderung des Eintritts der Bedingung richtet. Bei dieser wie sonst bei mancher Einzelregelung eines Details erinnern wir uns primitiver Gesetzeswerke, die sich gerade durch solche unvermittelt in einem unfertigen Ganzen stehende Einzelheiten merkwürdig von wohldurchdachten Kodifikationen abheben. Aus der Antike darf bloß an die Zwölftafeln erinnert sein.

Der letzte (V.) Abschnitt des Allgemeinen Teils behandelt die *Klagenverjährung*. Richtiger im Sinne unserer Terminologie wäre es, von einer von Gesetzes wegen festgelegten *Klagenbefristung*⁶⁰⁾ zu sprechen. Denn nach dem Wort-

⁵⁸⁾ Freund, Nachtrag S. 6 f.

⁵⁹⁾ Freund 155.

⁶⁰⁾ Freund gebraucht den Terminus „Verjährung“, die französische Übersetzung sagt ebenfalls *prescription de l'action*.

laut von Art. 44 ZGB. erlöschen⁶¹⁾ die Klagerechte nach einer dreijährigen Frist. Damit ist die gemeinrechtliche, in BGB. Art. 222 übernommene Gestaltung der Verjährung als Einredemöglichkeit verlassen und die Verjährung als amtlich zu beachtende Fallfrist (Präklusivfrist) gestaltet. Mit dieser Regelung ist es gewiß nicht unvereinbarlich, daß einige Vorschriften, die unserem Verjährungsrechte entsprechen, sinngemäße Anwendung gefunden haben: so die an Stelle der ruhenden Verjährung stets tretende sechsmonatige Ablaufshemmung (ZGB. Art. 48), die u. a. auch „für die Mitglieder der Roten Armee und Flotte, die auf Kriegsfuß gesetzt sind, für die Dauer dieses Zustandes“ gilt; so die Vorschriften über Unterbrechung der Frist durch Klage und durch Anerkennung (ZGB. Art. 50); über *actio nata*, wo ZGB. Art. 45 gewiß im Sinne von BGB. §§ 199 f. zu interpretieren sein wird. Am auffallendsten ist bei der Fallfristtheorie die Beibehaltung der Idee von der *naturalis obligatio* der durch Fristablauf ja erloschenen Verbindlichkeit (Art. 47 ZGB.), doch läßt sich ja auch diese Konstruktion verstehen. Durchaus zur amtlichen Geltendmachung des Zeitablaufs und ebenso zur sonst dem Richter eingeräumten Macht paßt die Möglichkeit einer Erstreckung der Frist aus dem Gericht stichhaltig erscheinenden Gründen.

Für die Geschichte des Sowjetrechts viel bedeutsamer als solche allgemeine Lehren ist die Stellung zum Sachenrecht. Die verschleierte und zögernd halb und halb eingestandene Rückkehr zu einer, wenngleich mit sozialen Gedanken durchsetzten, so doch den Kommunismus verneinenden Eigentumsordnung ist schon angedeutet worden. Das ZGB. kennt drei Arten von Sachenrechten: Eigentum (Art. 52—70), Baurecht (Art. 71—84) und Pfandrecht (Art. 85—105).

Das Sowjetsachenrecht ist grundsätzlich nur Mobiliarsachenrecht⁶²⁾. „Mit der Aufhebung des Privateigentums am Boden ist die Einteilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche abgeschafft“: so verkündet der Gesetzgeber in der „Anmerkung“ zu Art. 21. Wenn gegen diese vom Gesetzgeber behauptete theoretische Beseitigung des Immobiliarsachenrechts auf ZGB. Art. 185⁶³⁾ verwiesen wird, wonach ein Kauf von Gebäuden und Baurechten notarieller Form und nachfolgender Registrierung bei der zuständigen Kommunalabteilung bedürfe, so kann der Ge-

⁶¹⁾ Vgl. franz. Übersetzung *Les droits d'agir en justice s'éteignent par l'expiration d'un délai de trois ans*. Insoferne trifft die Fassung der Übersetzungen zu.

⁶²⁾ Freund 147, 158; Sawadsky 263.

⁶³⁾ Sawadsky, a. a. O.

setzgeber eben wieder theoretisch replizieren, daß Grund und Boden auch in den Städten nicht mehr Privateigentum und die daraufstehenden Gebäude eben „mobilisiert“ seien. Indes diese Theorie bedeutet für den durch sie nicht Gebundenen wenig gegenüber den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen, die uns ein lebendiges Immobiliarsachenrecht als Privatrecht trotz aller theoretischen Proteste aufweisen. Die formelle Beseitigung jedes privaten Grundeigentums, wie sie die oben genannten Dekrete von 1917/18 ausgesprochen haben, ist im ZGB. aufrechterhalten. Art. 21 erklärt apodiktisch: „Der Boden ist Eigentum des Staates und kann nicht Gegenstand des Privatverkehrs sein.“ Und Art. 53: „Der Boden, die Bodenschätze, die Wälder, die Gewässer, die dem allgemeinen Gebrauch dienenden Eisenbahnen, deren Wagenmaterial, Flugzeuge können ausschließlich Eigentum des Staates sein“⁶⁴⁾. Damit werden nur die emphatischen Lehr- und Leitsätze der ersten zwei Artikel des Agrargesetzbuches vom 30. Oktober 1922⁶⁵⁾ wiederholt, wonach „das private Eigentumsrecht am Boden, Erdinnern, an Gewässern und Wäldern im Gebiete der R. S. F. S. R. für immer aufgehoben“ ist, und positiv bestimmt wird, daß „alle Ländereien im Gebiete der R. S. F. S. R., in wessen Verwaltung sie sich auch befinden mögen, Eigentum des Arbeiter- und Bauernstaates“ sind. Grund und Boden steht außer Verkehr, kann also nicht verpfändet (Art. 87), nicht vermietet (Art. 152), nicht verkauft (Art. 181) werden, da sich alle diese Geschäfte nur auf Sachen beziehen, die im Verkehre stehen.

Aber das lebendige Recht geht andere Wege. Auch die Sowjettheorie gibt uns zunächst für seine Erkenntnis die nötigen Fingerzeige, indem sie uns die *praedia rustica* von den *praedia urbana* gesondert betrachten heißt. An ländlichen Grundstücken⁶⁶⁾ verleiht der Staat ein öffentlich-recht-

⁶⁴⁾ Ich lege hier nach Einsicht Dr. Spaeths ins Original die französische Übersetzung — *le sol, le sous-sol, les forêts, les eaux, les chemins de fer d'utilité générale, leur matériel roulant et les appareils volants peuvent être exclusivement propriété de l'Etat* — zugrunde. Freund bezieht die Bemerkung über den *usus publicus* irrtümlich statt auf Eisenbahnen, auf „die Gewässer, die dem allgemeinen Gebrauch dienen“. Es sind also vielmehr „die Gewässer“ schlechthin Staats-eigentum, was auch der Theorie des heutigen russischen Rechts viel besser entspricht.

⁶⁵⁾ Freund 147.

⁶⁶⁾ Freund 119, 147, 158. Die Wiederholungen im Gesetz veranlassen auch seinen Kommentator zu wiederholter Behandlung der Frage an verschiedenen Stellen. Bei einer Neuauflage wird sich das wohl vermeiden lassen.

liches Nutzungsrecht demjenigen, der das Grundstück mit eigener und seiner Familienangehörigen Händearbeit bewirtschaftet. Ländliche Lohnarbeiter dürfen regelmäßig nicht verwendet werden⁶⁷⁾. Das Nutzungsrecht ist unentgeltlich. Es entsteht entweder durch die Tatsache der eigenen Arbeitsnutzung — auf originärem Wege, würde der Romanist sagen — oder durch Zuweisung seitens staatlicher Agrarbehörden. Dem kommunistischen Ideal müßte die Nutzung durch kommunistisch organisierte Agrargesellschaften mit persönlich arbeitenden Gesellschaftern am ehesten, wenn nicht allein und ausschließlich, entsprechen. Aber die Wirklichkeit zeigt uns daneben — und vermutlich wohl in erster Linie als wirtschaftliche Zelle — den Einzelhof⁶⁸⁾. Der Hof bildet wirtschaftlich und juristisch eine Einheit, wir möchten sagen ein Sondervermögen, wenn nicht dieser privatrechtliche Begriff verpönt wäre. Der Wirt vertritt ihn nach außen. Familienmitglieder, die zeitweise auswärts Arbeit suchen, bleiben im Verband. Der Hof haftet für Wirtschaftsschulden, nicht aber für Schulden einzelner Mitglieder. Das Nutzungsrecht ist zeitlich unbegrenzt, es ist im Kreise der Mitglieder des Hofes vererblich⁶⁹⁾ und erlischt nur bei Aussterben des Hofes oder bei Nichtausübung der Nutzung (Nutzungsrecht und Nutzungspflicht). Wir sehen den normalen, rechtlich — ob durch privat- oder öffentlich-rechtliche Norm ist dabei praktisch doch recht indifferent — anerkannten und geschützten kleinbäuerlichen Betrieb auf eigener Scholle. Gewiß wird, wer reiner Begriffsjurisprudenz huldigt, eine Reihe grundsätzlicher Unterschiede dieser Nutzung vom Eigentum mit freier Verfügungsbefugnis finden. Aber wir hatten schon aus unserer vornehmlich nachrevolutionären Eigentumsrechtsentwicklung genug Gelegenheit, auf die mittlere Linie hinzuweisen, auf der sich die vom alten System vorwärts, vom neuen rückwärts reformierenden Bestrebungen anscheinend in dauerndem Ausgleich der Extreme treffen. Wie wenig aber dieses bolschewistische Höferecht Neues bringt, dafür mögen dem Rechtshistoriker ein paar Hinweise aufs Altertum verstattet sein. Zunächst: daß nach ZGB. Art. 21 S. 2 „Besitz am Boden nur auf Grund Nutzungsrechts zulässig“ ist, bedeutet die Enteignung des Großgrundbesitzers, der nicht persönlich mit seiner Familie, sondern mit Lohnarbeitern das Land bewirtschaftet. Der Bauer, der ehemals als Pächter oder

⁶⁷⁾ In den Ausnahmen zeigt sich die Entwicklung gegen und über das Prinzip hinaus.

⁶⁸⁾ S. zum folgenden Freund 119.

⁶⁹⁾ In Betracht kommen als Erben wohl nur die ZGB. Art. 418 genannten Erbberechtigten. S. unten.

in sonst wirtschaftlich, sozial oder auch rechtlich abhängiger Stellung auf dem Grunde saß, ist allerdings auch nach der neuen Ordnung der Dinge nicht Eigentümer geworden, sondern hat nunmehr den Staat als Eigentümer über sich. Ob diese theoretische *nuda proprietas* der R. S. F. S. R. den Landwirt stark bedrücke, wird füglich solange bezweifelt werden müssen, als der formelle Eigentumsträger — der Staat — nicht Steuern und Abgaben vorschreibt. Vor solchen ist aber, wie wir wissen, auch derjenige nicht sicher, welcher nicht bloß Nutzung, sondern auch formell Eigentum hat.

Bauern, die an Grund und Boden nur Besitz und Nutzung, nicht aber Eigentum haben, hat es zu allen Zeiten und in allen Ländern genug gegeben. Aus der römischen Agrargeschichte genügt ein Hinweis auf die neben dem *dominium* am *fundus* sich entwickelnde *possessio* am *ager publicus* und überhaupt weiterhin die bloß mögliche *possessio* am Provinzialgrundstück⁷⁰⁾. Das gedachte staatliche Obereigentum kommt normalerweise nur in der Auferlegung der Grundsteuern in Geld und *Natura*, prinzipiell allerdings auch in der Möglichkeit der staatlichen Einziehung der *possessiones* zum Ausdruck. Diese Einziehungen richteten sich aber gegen Besitze, die ein Maß überschritten, das noch eigener Bewirtschaftung zugänglich war. Die umstrittenen *lizinischen* und die *gracchischen* Agrarreformen bringen uns Bilder, die nicht bloß die alte Geschichte illustrieren. Und so sehr die heutige russische und die antike Agrargeschichte sich weithin auch verschleiern und unseren Blicken entziehen mögen, mehr als ein Moment zeigt uns doch interessante Parallelen in der Entwicklung⁷¹⁾. Schon die teils — fürs alte Rom — unsicher, teils — für spätere Zeiten — historisch bezeugte Ackeranweisung, die *adsignatio*, erinnert deutlich genug an die Zuweisung der russischen Höfe durch die agrarischen Behörden. Würde es bei der durch solche Anweisungen geschaffenen Lage bleiben, so wäre die Gefahr des verschwindenden Kleinbauernbesitzes und des sich bildenden Großgrundbesitzes gebannt,

⁷⁰⁾ Darüber sehr eingehend und doch übersichtlich Costa, *Storia del diritto Romano privato* (2. A. 1925) 189 ff.

⁷¹⁾ Im folgenden nur ein paar römischrechtliche Andeutungen. Es wäre heute doppelt interessant, einmal das, was moderne Sozialreformer und Sozialrevolutionäre zur Agrarfrage zu sagen haben, mit dem zusammenzuhalten, was in der Theorie und Praxis der Antike begegnet. Etwa in Platons Gesetzen. Hier wäre es geschmacklos Literatur zu nennen. Wer danach suchen sollte, findet — um nur mit einer der neuesten, in den agrarrechtsgeschichtlichen Fragen sehr vernünftig urteilenden kürzeren Schrift eine Ausnahme zu machen — Literatur und gute eigene Überlegungen bei Jos. Bisinger, *Der Agrarstaat in Platons Gesetzen* (Klio, 17. Beiheft, 1925).

indes die Versuche, den Hof als unveräußerliches, in der Familie vererbliches heredium zu erhalten, schlugen immer wieder fehl⁷²⁾. Wie oft mochten doch Demagogen dem Bürger vor Augen gestellt haben, wie sehr ein obrigkeitlich bevormundendes Veräußerungsverbot seine wirtschaftliche Freiheit und damit seine Individualrechte beeinträchtige, wie seiner unwürdig jede solche Beschränkung sei. Ob man in Rußland bessere Erfahrungen machen wird, bleibt einstweilen natürlich abzuwarten. Die Unveräußerlichkeit des Hofes, der Ausschluß jeder Haftungsmöglichkeit des Hofes für persönliche Schulden der Mitglieder würde ja die Erhaltung des Hofes für die Familie des Wirtes als eine Art Sondervermögen sichern — wenn es möglich sein wird, die genannten Vorschriften aufrecht zu erhalten. Allerdings historische vestigia terrent. Auch soweit es sich um Versorgung heimatloser Familien handelt, laufen die Bestrebungen in alter und neuer Zeit immer parallel. In dem Art. 155 der deutschen RV. wird die staatliche Überwachung der Verteilung und Nutzung des Bodens statuiert, „die Mißbrauch verhütet und dem Ziele zustrebt, jedem Deutschen eine gesunde Wohnung und allen deutschen Familien, besonders den kinderreichen, eine ihren Bedürfnissen entsprechende Wohn- und Wirtschaftsheimstätte zu sichern“. Die im Anschluß hieran angeordnete Bevorzugung der Kriegsteilnehmer bei einem Heimstättenrecht, die Reichssiedlungsgesetzgebung vom 11. August 1919 und vom 7. Juni 1923 zeigen moderne Bestrebungen, die in der antiken Veteranenversorgung und den sonstigen Ackerzuweisungen ihre oft überraschenden Parallelen haben, so wenig es manchem modernen Gesetzgeber bei seiner Arbeit zum Bewußtsein gekommen sein mag, daß es schon in so ferner Vergangenheit Männer gegeben, die gleichen Zielen mit gleichen Mitteln zustrebten.

Es wurde früher der Nutzungspflicht⁷³⁾ des Eigentümers in modernen Rechten gedacht. Wer den Titel *de omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur* im justinianischen Kodex 11, 59 liest, wird zugeben, daß die Römer das Eigentum durchaus nicht aus theoretisch konstruktiven Erwägungen vor jedem Eingriff bewahrten, sobald solche Eingriffe aus sozialpolitischen Gründen erforderlich wurden. Um nur die 8. Konstitution dieses Titels ins Gedächtnis zu rufen, die Valentinian, Theodosius und

⁷²⁾ Über die Forderung unveränderlicher und unveräußerlicher Landlose in Platons Gesetzen (740, 741) vgl. jetzt mit m. E. richtiger Wertung Bisinger, a. a. O. 65 ff.

⁷³⁾ Über die Vorstellung vom Eigentum als einem Amt mit sozialen Pflichten in Platons Ideenwelt vgl. Bisinger, Agrarstaat 64.

Arkadius um 390 n. C. erlassen hatten: Qui agros domino cessante desertos vel longe positos vel in finitimis ad privatum pariter publicumque compendium excolere festinat, voluntati suae nostrum noverit adesse responsum: ita tamen, ut, si vacanti ac destituto solo novus cultor insederit, ac vetus dominus intra biennium eadem ad suum ius voluerit revocare, restitutis primitus quae expensa constiterit facultatem loci proprii consequatur. nam si biennii fuerit tempus emensum, omni possessionis et domini carebit iure qui siluit. Der Eigentümer verschweigt sich seines Eigentums, wenn er zwei Jahre lang zusieht, wie ein anderer das von ihm brach liegengelassene Grundstück bebaut. Mitteis⁷⁴⁾ hat hier von einem antiken Bifanksrecht gesprochen und die genannte sowie andere kaiserliche Konstitutionen mit afrikanischen Domänenordnungen aus dem 3. Jahrh.⁷⁵⁾ in bedeutsame Beziehung gesetzt, die aber schon auf Trajans und Hadrians Zeiten zurückgehen. Das Nutzungsrecht, das die Kleinbauern für ihre Arbeit am Boden bekommen, wird als *usus proprius* oder genauer als *ius possidendi ac fruendi heredique suo relinquendi* bezeichnet⁷⁶⁾. Wer unbefangen die Sprache dieser Quellen auf sich wirken läßt, wer etwa aus Mitteis' Abhandlung⁷⁷⁾ sich rasch ein Bild der Dinge zu verschaffen sucht, der wird bald zugeben, daß soziale Agrarpolitik der römischen Staatsverwaltung nicht unbekannt gewesen ist, mag es ihr auch nicht gelungen sein, ihre Ziele zu verwirklichen. Dabei dürfen wir mit einem vergleichenden Urteil auch gegen die Antike nicht ungerecht sein und nicht vergessen, daß wir Rom auch hier nicht nach vorübergehenden Erfolgen solcher Maßnahmen zu beurteilen pflegen, sondern nach dem Endergebnis einer jahrhundertelangen Entwicklung. Wie nach solchem Zeitraum aber ein Urteil über die heutigen Agrarreformen ausfallen wird, steht dahin.

Für die Beschränkung des Eigentumsrechts an ländlichen und städtischen Grundstücken soll nicht mehr als mit einem Worte an das der Antike so wohl bekannte Nachbarrecht⁷⁸⁾ verwiesen sein,

⁷⁴⁾ Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum. Abh. Sächs. Ges. d. Wiss. 20 (1901) 28 ff.

⁷⁵⁾ Die Inschriften sind jetzt bequem in Bruns-Gradenwitz, *Fontes iuris Romani* (7. A.) S. 295 ff. zu lesen.

⁷⁶⁾ *Lex Manciana* § 1 (Bruns S. 296 Z. 9f.): *ut eos (agros) qui excoluerit, usum proprium habeat; Ara leg. Hadrianae* (Bruns S. 301, 7ff.). Vgl. Costa, a. a. O. 267.

⁷⁷⁾ Dort und etwa bei Costa oder in anderen Lehr- und Handbüchern findet der Interessierte bald weitere Quellen und anderes Schrifttum.

⁷⁸⁾ Vgl. etwa Girard-Mayr, *Geschichte und System d. röm. Rechts* (1908) 279 ff.

das durchaus den einen Eigentümer um des anderen willen hemmt. Weniger geläufig sind die Beschränkungen im öffentlichen Interesse⁷⁹⁾: so Erhaltung der ans private Grundstück grenzenden Straße, usus publicus des das Grundstück abgrenzenden Wasserlaufs, und zwar auch des Ufers, das dem Privaten gehört. Am interessantesten vom „modernen“ Gesichtspunkt der Benutzungs- und Erhaltungspflicht des Eigentümers sind aber Vorschriften an den Gebäudeeigentümer, die diesem durchaus die Möglichkeit versagen, mit dem Gebäude nach Belieben zu verfahren, ja selbst es zu vernichten. Vielmehr dürfen nach wiederholten Senatsbeschlüssen die Hausherren ihre Häuser nicht abbrechen lassen, um das Baumaterial zu verkaufen, ohne daß ein besonderer Verwaltungsakt ihnen den Abbruch erlaubte. Oder man lese die großangelegte Bauordnung des Kaisers Zeno Cod. Iust. 8, 10, 12 sowie die anderen Konstitutionen des Titels de aedificiis privatis. Ja schon Hadrian verlangt von einem Hauseigentümer, er müsse sein Haus ausbessern oder verkaufen.

Wie sehr aber derartige Normen in ähnlichen wirtschaftlichen Verhältnissen unabhängig voneinander gleichsam automatisch erwachsen, so daß schließlich jede derartige Regelung ebensoviel und ebensowenig Originalität für sich beanspruchen kann, dafür nur noch der Hinweis auf § 11 der von Arthur Ungnad der deutschen Rechtswissenschaft zugänglich gemachten⁸⁰⁾ Fragmente eines altbabylonischen Gesetzeskodex in sumerischer Sprache, der in vorhammurapische Zeit zurückführt: „Gesetzt, der Eigentümer eines Hauses — oder die Eigentümerin eines Hauses — hat die Last, die das Haus mit sich bringt, von sich geworfen, und ein Fremder hat sie auf sich genommen und ist drei Jahre lang nicht (aus dem Hause) gegangen, so darf derjenige, welcher die Last des Hauses auf sich genommen hat, das betreffende Haus an sich nehmen; der (ursprüngliche) Eigentümer des Hauses kann keinen Einspruch erheben.“

Der „Hof“ der Sowjetgesetzgebung kann geteilt werden, jedoch nur, wenn die Teile selbständig wirtschaftlich lebensfähige Höfe bilden können⁸¹⁾. Auch diese Vorsorge gegen „Güterzertrümmerung“ ist eine schon bisher wohlbekannte Schutzmaßnahme für

⁷⁹⁾ Girard-Mayr 281 f., wo die Quellen.

⁸⁰⁾ Ztschr. Sav. St. Rom. Abt. 41, 186 ff., 186 genaue Angaben der Herausgabe des Rechtsdenkmales durch amerikanische Gelehrte. Vgl. auch Koschaker, ebenda 283.

⁸¹⁾ Art. 74 AgrarGB.

den kleinbäuerlichen Besitz ⁸²⁾. Servituten, Reallasten, vor allem aber auch Hypotheken, Grundschulden usw. sind dem Sowjetrecht unbekannt. Da an Stelle des Eigentums das öffentlich-rechtliche Nutzungsrecht getreten ist, so ergibt es sich ja von selbst, das Recht der Prädialservituten in die Form nachbarrechtlicher Bestimmungen zu kleiden. Es kann etwa ein Wasserbezugsrecht ebenso konstruiert werden wie ein Notwegrecht. Daß die öffentliche Rechtsordnung die Servitutenregelung in die Hand nimmt, daß sie einerseits die notwendigen Servituten schafft, anderseits den Grundbesitz von überflüssigen Servituten befreit, ist ein *de lege lata* und noch mehr *de lege ferenda* geläufiger Gedanke. Wenn an Stelle der *proprietas* eine bloße *possessio* getreten ist, so erleichtern sich auch formale Fragen, die bei einer starren Eigentumstheorie immer den Juristen gewisse Schwierigkeiten machen.

Von ungleich größerer Bedeutung ist die Beseitigung der Hypotheken. Von ihrer Aufhebung war schon die Rede. Sie sind für Höfe nicht wieder eingeführt worden. Über das — juristisch als Mobiliarpfandrecht konstruierte, tatsächlich ein Immobiliarpfandrecht bedeutende — Pfandrecht an Gebäuden und am Baurecht wird noch zu sprechen sein. Dagegen kann nicht nur der Hof — als dem Verkehr entzogene Sache — nicht verpfändet werden, sondern auch das Nutzungsrecht am Hofe, also die das Eigentum ersetzende *possessio*, kann als öffentlich-rechtlich gedachtes Recht nicht privatrechtlicher Verpfändung unterstellt werden ⁸³⁾. Oder: das Hypothekenrecht an landwirtschaftlichen Grundstücken zählt nicht zu den taxativ aufgezählten Sachenrechten, kann also, da nur Rechte möglich sind, für welche die Rechtsfähigkeit vom Staate verliehen wird, nicht begründet werden. Ob sich diese Fernhaltung jeder dauernden dinglichen Belastung des Hofes auf längere Zeit wird behaupten können, ob und wie sich damit der landwirtschaftliche Kredit wird vereinbaren lassen, ist eines der großen, vielleicht das entscheidende Problem der neuen ökonomischen Politik. Ist die dauernde Unveräußerlichkeit und Unverpfändbarkeit des Hofes durchsetzbar, so ist für ebensolange Zeit der Bauernstand und damit der stärkste Pfeiler dieses wie jedes Staatswesens gesichert. Freilich müßte der Staat darauf verzichten, wegen uneinbringlicher Steuern das Nutzungsrecht zu entziehen. Sonst wird es zwar feste Höfe geben,

⁸²⁾ Vgl. z. B. das bayerische Güterzertrümmerungsgesetz vom 13. August 1910; EG. zum BGB. Art. 119 Z. 2. Vgl. Cosack - H. Mitteis, *Lehrb. d. bürgerl. R.* II (7. 8. A. 1924), 14 und 191.

⁸³⁾ Denn nur *quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest*: *Gai. Dig.* 20, 1, 9, 1.

die aber wenig bedeuten können gegenüber einem entwurzelten Bauernproletariat. Ob man endlich nicht gar wieder, um die Bewirtschaftung der Höfe zu sichern, zur Zwangsgebundenheit an die Scholle in der einen oder anderen Form zu greifen versuchen wird, kann man im vorläufig erkennbaren Entwicklungsstadium noch weniger sagen.

Da der ländliche Nutzungsbesitz unveräußerlich und unverpfändbar ist, so ist ein Schutz des gutgläubigen Erwerbers gegenstandslos. Damit entfällt die *ratio legis* für das den guten Glauben schützende Grundbuch. Ein solches ist denn auch, soweit es sich um *praedia rustica* handelt, dem ZGB. unbekannt⁸⁴⁾. Doch ist der Hof unter namentlicher Bezeichnung seiner Mitglieder vom Dorfrat in einem Höfeverzeichnis zu registrieren⁸⁵⁾. Darin kann der Keim zu einem neuen Grundbuch, wenn auch zunächst vielleicht nur zu einem Steuerkataster, liegen.

Hat die Sowjetjurisprudenz das Immobiliareigentum an *praedia rustica* dadurch theoretisch ausgeschaltet, daß sie das publizistische oder, wenn man lieber will, sozialistische Recht der Arbeitsnutzung am Boden an Stelle des Privateigentums setzte, so ist derselben Theorie zuliebe, die den Boden schlechthin dem Privateigentum entzieht (ZGB. Art. 21. 53), das Recht an städtischen Gebäuden als Mobiliarsachenrecht konstruiert worden. Hier hat die Aufrechterhaltung des theoretischen Grundsatzes von der Sozialisierung des Bodens noch größere Schwierigkeiten bereitet⁸⁶⁾. Es ist zwischen den aus vorrevolutionärer Zeit her vorhandenen Gebäuden und den auf Grund eines Bauvertrags nach neuem Recht, dem Baurecht (ZGB. Art. 71—84), errichteten Gebäuden zu unterscheiden. Zur Zeit der Revolution bereits vorhandene Gebäude sind zum Teil kommunalisiert, d. h. enteignet worden und fallen dann unter die *res extra commercium* (Art. 22 ZGB.). Sie sind als solche „vom Privatverkehr ausgeschlossen und können von den Organen, unter deren Verwaltung sie sich befinden, weder veräußert noch verpfändet, noch auch den Gläubigern zur Befriedigung überlassen“, wohl aber „nach den gesetzlichen Vorschriften verpachtet werden“. Die Kommunalisierung beruhte zum Teil auf gesetzlicher Grundlage und betraf in Städten mit über 10 000 Einwohnern alle Gebäude, deren Wert eine bestimmte Grenze überschritt und die nicht Zubehör eines in-

⁸⁴⁾ Vgl. Freund 159. Über die städtischen Gebäude vgl. unten.

⁸⁵⁾ AgrarGB. Art. 72.

⁸⁶⁾ Vgl. Freund 148 f., 158, 165, 171 f.

dustriellen Unternehmens waren⁸⁷⁾. Ein Dekret vom 14. Mai 1923⁸⁸⁾ erweiterte aber diesen gewiß schon nicht kleinen Kreis enteigneter Gebäude noch ganz ergiebig. Nicht nur, daß die von lokalen Behörden kommunalisierten Gebäude enteignet bleiben, selbst wenn die Zentralbehörde diesen Zwangsakt nicht, wie vorgeschrieben, bestätigt hat; nicht nur daß zu dieser Gruppe alle Gebäude gehören, die für Bedürfnisse staatlicher oder diesen gleichgestellter Behörden in Besitz genommen sind; nicht nur daß Gebäude, deren „unwirtschaftliche“ Ausnützung festgestellt ist, hierunter fallen; am schlimmsten ist wohl die generelle Bestimmung, daß unter die kommunalisierten Gebäude alle diejenigen dauernd eingereiht bleiben, „die den Besitzern vor dem 22. Mai 1922 tatsächlich weggenommen worden sind“. Damit ist jede, auch nicht den Schein einer Gesetzlichkeit für sich beanspruchende Gewalttat gegen Hauseigentümer aus früherer Zeit gerechtfertigt.

Immerhin blieben noch Häuser übrig, die nicht von diesen Enteignungsmaßnahmen betroffen waren. Ihre Veräußerung war vorübergehend verboten worden, wurde aber 1921 mit der Maßgabe freigegeben, daß niemand mehr als ein Stadthaus mit zugehörigen Bauten haben durfte. Diese Bestimmung nimmt ZGB. Art. 182 auf, wonach „nichtkommunalisierte“ Wohnhäuser verkauft werden können, daferne sich in Händen des Käufers, seines Ehegatten oder seiner minderjährigen Kinder nicht zwei oder mehrere Besitztümer vereinigen, und auf der Verkäuferseite innerhalb dreier Jahre nicht mehr als eine Veräußerung stattgefunden hat. In der Nov. 30. 3. 1925 treten bezeichnenderweise neben die „nichtmunicipalisierten“ (so sind sie jetzt genannt) die „demunicipalisierten“ Wohnhäuser. Verkauf (Art. 185) und Verpfändung (Art. 90) von Gebäuden erheischen notarielle Form (Errichtung vor dem Notar und Eintragung ins notarielle Urkundenbuch Art. 27 Z. 3) und Registrierung bei der zuständigen Kommunalabteilung. Da kann sich wiederum ein Grundbuchrecht entwickeln.

Aber wer nun den Gefahren der Kommunalisierung seines Hauses entgangen war, dem war doch der Boden unter seinen Füßen weg enteignet worden. Zwar blieb er Eigentümer des Hauses, aber da dieses nicht in der Luft, sondern auf dem nunmehr Kommunaleigentum gewordenen Grund und Boden stand, so ergab sich von selbst ein öffentlich-rechtliches Benutzungsrecht

⁸⁷⁾ Häuser dieser Art bildeten mit dem industriellen Unternehmen eine rechtliche Einheit. Freund 148. Bei den Unternehmungen aber bildete eine wechselnd festgesetzte Zahl von Arbeitern den Kommunalisierungs- oder Nationalisierungsmaßstab.

⁸⁸⁾ Abgedruckt bei Freund S. 165.

dieses kommunalisierten Grundes durch den Hauseigentümer, wofür der neu erstandene Grundeigentümer einen Nutzungszins fordern kann. Nun ist das freilich alles nur sozialistische Begriffsjurisprudenz in schönster Blüte; Konstruktionen, die Rudolf von Jhering hätten Anlaß bieten können, seinem Scherz und Ernst in der Jurisprudenz ein Kapitel anzufügen. Und wie sollte doch die veraltete „scholastische“ Jurisprudenz dahinsein in der neuen Zeit des gesunden Laienverständes!

Seit dem neuen Rechte ist die Errichtung eines städtischen Gebäudes und das Recht an einem solchen neugebauten Hause nur mehr als Baurecht möglich. Dieses ist ein dingliches privates Sachenrecht, wird durch einen notariellen Bauvertrag begründet und kann mit den Kommunalabteilungen als den Organen des staatlichen Bodeneigentümers sowohl von juristischen Personen als auch von einzelnen Bürgern auf 60 Jahre⁸⁹⁾ für Steinhäuser, auf 40 für andere Bauten abgeschlossen werden. Während wir das Erbbaurecht wie ein Grundstück behandeln⁹⁰⁾, läßt das Sowjetrecht das Baurecht als bewegliche Sache erscheinen, die der Veräußerung und Verpfändung unterliegt (ZGB. Art. 79). Auch jeder derartige Vertrag bedarf „notarieller Form mit nachfolgender Registrierung bei der zuständigen Kommunalabteilung“⁹¹⁾. Auch hier ist der Versuch einer Publizität des Sachenrechts an Häusern angedeutet; auch hier wird — wie bei der ländlichen possessio und dem städtischen Gebäudeeigentum — erst die Zukunft lehren, ob der bekannte zum Grundbuchwesen führende rechtsgeschichtliche Entwicklungsprozeß sich vor unseren Augen nochmals vollziehen wird. Für den Inhalt des Bauvertrages gibt Art. 73 ZGB. eine lange Reihe von essentialia negotii⁹²⁾ an. Der Zeitpunkt des Baubeginns darf höchstens ein Jahr hinausgeschoben

⁸⁹⁾ Die Fristen sind in der Novellierung des ZGB. (6. Juni 1925) bereits erhöht worden. ZGB. Art. 71 hatte noch 49 und 20 Jahre. Die Nov. vom 12. Januar 1925 erweitert die Anwendbarkeit des Baurechts auch auf Gebäude außerhalb des städtischen Umkreises. Vgl. Freund, Nachtrag S. 8 f.

⁹⁰⁾ Vgl. VO. über das Erbbaurecht 15. 1. 1919 § 14. Diese dem Nichtjuristen auch stark konstruktiv anmutende Vorschrift soll wohl in die Zukunft deuten, wo das „Erbbaugrundbuch“ das Grundbuchblatt dieses Grundstücks sein wird.

⁹¹⁾ Das „sollen“ in der Freundschens Übersetzung des Art. 79 ist offenbar angesichts der Nichtigkeitssanktion bei Verstoß gegen diese „Sollvorschrift“ ungenau. Art. 90 heißt es auch „muß“. Richtig zu Art. 79 die Franzosen: „doivent à peine de nullité.“ Dies entspricht nach Dr. Spaeth auch dem Originaltext.

⁹²⁾ Vgl. dazu etwa die vertragsmäßigen Vereinbarungen in der deutschen VO. über das Erbbaurecht v. 15. Januar 1919 § 2 und die wenigen essentialia § 1.

werden. Für Beginn und Beendigung des Baus müssen Termine gesetzt sein. Der Bauberechtigte muß sich zur Erhaltung und Versicherung des Bauwerks verpflichten, ebenso zur Zahlung des in Goldrubeln ausgedrückten Zinses, für Vertragsverletzungen und Verzug muß Konventionalstrafe vereinbart sein. Neu errichtete Wohngebäude sind zehn (früher drei) Jahre (vom Tag der Überweisung zur Bebauung an gerechnet) „von den allgemeinen staatlichen und örtlichen Steuern und Abgaben befreit“ (Art. 76; Nov. 6. 6. 1925). Nachher muß der Bauberechtigte alle Abgaben tragen. Der Kommunalabteilung steht wegen ihrer Forderungen aus dem Baurecht ein privilegiertes Befriedigungsrecht im Falle der Zwangsvollstreckung vor den übrigen Gläubigern zu (Art. 81). Hat die Versteigerung zu keinem Erfolg geführt, so fällt das Baurecht an die Kommunalabteilung heim (Art. 82). In diesem Falle sowie bei Untergang des Baurechts durch Zeitablauf wird der Wert geschätzt und dem Bauberechtigten die entsprechende Summe von der Kommunalabteilung ausbezahlt (Art. 83). Eine Verlängerung oder Erneuerung des Baurechts⁹³⁾ nach Ablauf der 60 Jahre scheint nicht in Erwägung gezogen zu sein, doch ist diese Frage eine richtige *cura posterior*.

Wenn so der von der Sowjetrechtsdogmatik nicht gebundene Beurteiler ein tatsächlich vorhandenes Immobiliarsachenrecht feststellen und in ihm die rechtsgeschichtlich gewordenen Figuren der „*possessio*“ und *superficies* wiedererkennen kann, so mag nun noch ein Wort über das auch vom Sowjetjuristen als „*Eigentum*“ anerkannte Sachenrecht gesagt sein. Das Eigentum ist nach der Person des Eigentümers entweder staatliches (nationalisiertes oder kommunalisiertes) oder genossenschaftliches oder *privates*. Danach gliedert sich zunächst der Umfang der eigentumsfähigen Sachen. Der Staat kann schlechthin an allem Eigentum haben, was physisch Besitz und Nutzung zugänglich ist. Der Kreis der dem Privateigentum zugänglichen Sachen ist noch recht stark eingeengt (Art. 54. 56). Einiges ist des genossenschaftlichen, nicht aber des privaten Eigentums fähig. Eine uns ungeläufige Abgrenzung wird da beim Eigentum an industriellen Unternehmungen gemacht, je nachdem die Zahl der Arbeiter ein gewisses Maß überschreitet. Hier ist deutlich der Fluß der Entwicklung zu sehen. Das Privateigentum wird sich immer mehr Entfaltungsmöglichkeiten erobern.

Als Inhalt jeden Eigentums erscheinen Besitz, Nutzung, Verfügung (Art. 58). Während aber hier der Private und der genossen-

⁹³⁾ Vgl. deutsche Erbbaurechts-VO. §§ 27, 31.

schaftliche Eigentümer, soweit überhaupt Sachen in seinem Eigentume stehen können, darüber frei verfügt, dürfen Sachen, an welchen der Staat Eigentum haben kann, die aber vom Verkehr ausgeschlossen sind, von den Staatsorganen nicht veräußert, verpfändet oder „den Gläubigern zur Befriedigung überlassen werden“ (Art. 22). Dies gilt für „nationalisierte und kommunalisierte Unternehmungen, ihre Ausrüstungen, Eisenbahnen und deren rollendes Material, nationalisierte Schiffe sowie nationalisierte und kommunalisierte Gebäude“. Doch können diese Sachen — mit Ausnahme der Eisenbahnen — verpachtet werden. Daß an dem ausschließlich im Staatseigentum stehenden sozialisierten Boden nur ein Nutzungsrecht (Baurecht und Höferecht) möglich ist, wurde schon gesagt. Art. 59 behandelt Reivindicatio und Negatoria. Art. 60 scheint auf den ersten Blick § 935 unseres BGB. zu entsprechen. Dieser Art. 60 lautet in revidierter Fassung: „Schutz des guten Glaubens. Von einer Person, die gutgläubig eine Sache nicht unmittelbar vom Eigentümer erworben hat, kann letzterer die Sache nur dann zurückfordern (Art. 59), wenn sie ihm (dem Eigentümer) verlorengegangen oder ihm entwendet worden ist. Staatliche Anstalten und Unternehmungen können von jedem Erwerber eine Sache, die ihnen gehört und die auf irgendeine Weise ihnen gesetzwidrig weggenommen worden ist, zurückfordern.“ Dazu bestimmt Anm. 2 den unbedingten Schutz des gutgläubigen Erwerbers von Geld und Inhaberpapieren. Eigenartig ist der Ausschluß des Rechtsschutzes des Gutgläubigen gegenüber dem verlusttragenden Staate. Anm. 1 definiert dann den guten Glauben positiv: „Ein Erwerber gilt als gutgläubig, wenn er nicht wußte und nicht zu wissen brauchte⁹⁴⁾, daß die Person, von der er die Sache erworben hat, zu ihrer Veräußerung nicht berechtigt war.“ Ist das aber dasselbe wie BGB. § 932 Abs. 2? Ist die Regelung der Beweislast dieselbe? Das mag sein. Aber was heißt „nicht wußte oder nicht zu wissen brauchte“? Hier kommt die französische Wiedergabe dem Richtigen entschieden näher⁹⁵⁾ „s'il ne savait pas ou ne devait pas savoir“. Also genießt den Schutz des guten Glaubens nur derjenige, welcher den Mangel der Veräußerungsfähigkeit des Veräußerers nicht kannte und auch nicht kennen mußte. Wenn wir das wiederum im Sinne von BGB. § 122 Abs. 2 interpretieren dürfen, so ist der gutgläubige Erwerb im Sowjetrecht gegenüber unserem Rechte erschwert, d. h. auch dem leicht fahrlässigen, nicht bloß wie bei uns dem grob fahrlässigen Erwerber verschlossen. Andererseits unterscheidet sich

⁹⁴⁾ So Freund. Vgl. aber den folgenden Text.

⁹⁵⁾ U. zw. nach Dr. Spaeths Mitteilung auch sprachlich.

das russische Recht von dem unsrigen aber wiederum darin, daß nicht bloß der gute Glaube ans Eigentum des Veräußerers, sondern schon der gute Glaube an seine Veräußerungsbefugnis geschützt wird, also wie vordem eine Erschwerung, so hier eine Erleichterung des gutgläubigen Erwerbs gegeben ist. Man vergleicht sofort Deut. HGB. § 366 Abs. 1.

Nach einer in uns geläufigen Bahnen sich bewegenden Beschreibung der *communio pro partibus indivisis* (Art. 61—66) sprechen Art. 66f. vom derivativen Eigentumserwerb. Er erfolgt nur bei Genussachen auf Grund der Tradition (körperliche Übergabe, Aushändigung der Verfügungsurkunde, Aufgabe zur Post), während bei Speziessachen das uns fremde Prinzip des Eigentumsübergangs auf Grund des zwischen Veräußerer und Erwerber geschlossenen Vertrages gilt.

Aus solchen friedlichen juristischen Erwägungen versetzt uns in die Wirklichkeit des Klassenstaates die Lehre von dem dem Staate vorbehaltenen originären Eigentumserwerb an herrenlosem, requiriertem und konfisziertem Gut. Herrenloses Gut⁹⁶⁾ ist kein Aneignungsobjekt für den Bürger. Es verfällt nach einem Dekrete vom 3. Januar 1920 dem Staate. Außer den *res hostium* („Sachen, die vom Feinde auf dem Schlachtfelde oder an einem von den Truppen der Sowjetrepublik besetzten Orte zurückgelassen sind, und überhaupt alle Trophäen“) gehören hierher Demobilmachungsgegenstände, *res derelictae* von Flüchtlingen. Besondere Vorschriften betreffen umherschweifendes Vieh.

Requisition bedeutet Eigentumswegnahme gegen Entschädigung nach dem Marktpreise der enteigneten Sache im Moment der Enteignung (Art. 69). Sie kann Nahrungsmittel, Kleidung, Möbel, Hausgeschirr, medizinische und pharmazeutische Apparate u. ä. betreffen, setzt aber Notzustände voraus. Die Vorschriften sind freilich recht dehnbar. Die Konfiskation erfolgt entschädigungslos in einem Strafverfahren. Während die Kommunalisierung und Nationalisierung vielfach nur theoretischen Charakter hatte und an Besitz und Nutzung des bisherigen Eigentümers nichts änderte, so ist die Vermögenskonfiskation das zielbewußte Mittel, die besitzende Klasse zu entrechten⁹⁷⁾. Auch hier hat schon die antike Welt furchtbare Vorbilder geschaffen. Man darf nur an die Schrecken der Bürgerkriege in der ausgehenden

⁹⁶⁾ „Eine Sache, deren Eigentümer unbekannt ist“ — so definiert das Gesetz Art. 68. Wird der Eigentümer später entdeckt und beweist er sein Eigentum, so erhält er die Sache oder den Wert zurück. Dekr. 3. 1. 1920 Z. 10. Freund 168.

⁹⁷⁾ Freund 169 ff.

römischen Republik erinnern. Immer dienen solche Mittel, wodurch nicht so sehr direkt die Institution des Eigentums als vielmehr die subjektiven Rechte einzelner Eigentümer⁹⁸⁾ betroffen werden, dazu, den politischen Gegner wirtschaftlich zu vernichten. Immer mehr wird in der Regel nach den ersten Ausbrüchen der hemmungslosen Leidenschaften der Ausnahmecharakter solcher Maßnahmen betont und der Versuch gemacht, sie an gesetzliche Voraussetzungen zu knüpfen und in einem gesetzlichen Verfahren zu verwirklichen.

Von den dinglichen Rechten finden wir außer Eigentum und Baurecht im ZGB. nur noch das Pfandrecht vor. Das Pfandrecht ist nur an Mobilien möglich, wozu ja freilich, wie nicht wiederholt zu werden braucht, auch städtische Gebäude und das Baurecht gerechnet werden. Da bei Verpfändung von Gebäuden und Baurechten zum allgemeinen Erfordernis der Schriftlichkeit jedes Pfandvertrages (Art. 90) noch das Erfordernis notarieller Form mit nachfolgender Registrierung bei der zuständigen Kommunalabteilung hinzutritt, so ist — soweit ein solches besteht — Publizität des Grundpfandrechtes gegeben⁹⁹⁾. Das Pfandrecht an Gebäuden und am Baurecht gibt ferner nicht Besitz. Auch in dieser Vorschrift zeigt sich die tatsächlich andere Gestaltung des Immobiliarpfandrechts, das ja nur um der Theorie willen als Mobilarpfandrecht bezeichnet wird. Das Pfandrecht an (auch im Sinne unseres Rechts) beweglichen Sachen wird als Besitz- oder Faustpfand konstruiert (Art. 92). Dabei fallen zwei Vorschriften auf. Einmal, daß das Pfandrecht dennoch nur bei Gattungssachen erst mit der Besitzübertragung, bei Speziessachen aber schon mit dem Pfandvertrag entsteht. Das entspricht durchaus dem Eigentumserwerb durch bloße Einigung (Art. 66), führt aber ähnlich wie beim Eigentumserwerb zu einer dinglichen Rechtsunsicherheit und einer Gefährdung des auf die Sichtbarkeit des Besitzpfandes Vertrauenden. Einen freilich nur obligatorisch wirkenden und darum recht unvollkommenen Schutz bietet dem Nachpfandgläubiger die Bestimmung des Art. 94, wonach der Verpfänder verpflichtet ist, jeden Nachpfandgläubiger „von den vorgehenden Pfandbelastungen in Kenntnis zu setzen“. Eine Mehr-

⁹⁸⁾ Und damit ja freilich indirekt die Idee des Eigentums selbst.

⁹⁹⁾ Freilich heißt es im Art. 105: „Das Erlöschen des Pfandrechts an Gebäuden und am Baurecht wird auf Verlangen der interessierten Personen im notariellen Urkundenbuch und im Register der Kommunalabteilung vermerkt.“ Danach hätte die Löschung nur den Charakter einer Berichtigung. In praxi wird diese natürlich immer gefordert werden und so das Register dem materiellen Rechtszustand angepaßt sein.

heit von Pfandrechten kann — und das ist die zweite der beachtlichen Vorschriften — nicht bloß bei Gebäuden und Baurechten, sondern auch im Mobiliarpfandrecht vorkommen, da das Sowjetrecht Art. 92 weiter bestimmt, daß eine Sache auch beim Schuldner aber „unter Verschuß und Siegel des Gläubigers belassen werden“ kann, ja weiter, daß eine individuell bestimmte Sache im Besitz des Verpfänders „unter Anbringung von Zeichen belassen werden (kann), die das Pfandrecht bezeugen“. Das ist dann die *de lege ferenda* bei uns¹⁰⁰⁾ so viel erörterte „Mobiliarhypothek“ oder das „Registerpfandrecht“. Wer eine mit Pfandzeichen versehene Sache erwirbt, ist bösgläubig und muß sie dem mit der *actio hypothecaria* vorgehenden Pfandgläubiger herausgeben (Art. 98). Das Pfand ist im Zweifel nicht Nutzungs- sondern nur Verkaufspfand (Art. 96). Die Pfandverwertung geschieht durch öffentliche Versteigerung seitens des Gläubigers. Durch sie erlöschen alle auf der Sache ruhenden Pfandrechte (Art. 100. 104). Mehrere Gläubiger werden nach dem Altersvorrang befriedigt (Art. 99). Dagegen gibt es privilegierte gesetzliche Pfandrechte, die allerdings nur aktuell werden, wenn das übrige Vermögen des Schuldners zur Befriedigung der bevorzugten Gläubiger nicht ausreicht. Solche Bevorzugung genießen: Arbeitslöhne, Sozialversicherungs- und Alimentenforderungen; dann Steuern und Abgaben aller Art; endlich an dritter Stelle Ansprüche des Staates aus Werk- und Lieferungsverträgen. Es ist bezeichnend, daß in Art. 101 ursprünglich die Steuern an der Spitze aller privilegierten Forderungen standen, während sie nach einer Novelle vom 11. August 1924 hinter die Lohnforderungen usw. zurücktreten mußten. Alles in allem: originelle Gedanken hat die Regelung des Pfandrechts nirgends gebracht. Man wird dies freilich seinem Verfasser um so weniger streng anrechnen wollen, als sich auch gegen die römische und die gemeinrechtliche Regelung des Pfandrechts mancherlei einwenden läßt und sich gerade auf diesem Gebiete kaum ein Gesetz voller Einwandfreiheit wird erfreuen können.

Auf dem Gebiete des Obligationenrechts, wo ja auch heute mehr denn sonstwo das römische und gemeine Recht wie ein *ius gentium* verkehrsverbindend in tatsächlicher Geltung geblieben ist und die modernen Gesetzgebungen beeinflusst und angeglichen hat, werden wir auch von diesem rasch hingeworfenen russischen Gesetzbuch nicht viel Neues erwarten dürfen. Das ist

¹⁰⁰⁾ Erinuert sei an die Vorschläge des Deutsch. Jurist.-Tages 1921 (Bamberg), sowie an einen im Reichstag April 1926 eingegangenen Initiativantrag Keinath. Vgl. u. a. Geiler, Recht und Wirtschaft 1922, 25 ff. Salinger, Deut. Jur. Z. 1926, 633.

auch für den Großteil der Bestimmungen so: nur an einer, und zwar einer sehr wichtigen Stelle steht ein ganz neues Prinzip. In dem, was uns an bekannten und geläufigen oder doch nicht überraschenden Normen geboten wird, kann man das allgemeine Urteil über das ganze Gesetz immer wieder bestätigt finden. Wer mit der Privatrechtsjurisprudenz der vorrevolutionären Zeit vertraut war und zum Vergleich mit diesem höchstens halbfertigen Fabrikat einer umstürzenden Zeit ein in bürgerlicher Ruhe geschaffenes Werk heranzieht, wird ein so hartes Urteil fällen müssen, wie dies etwa Sawadsky¹⁰¹⁾ tut. Er wird vieles vermissen, was auch für ein Gesetz erwünscht wäre, das sich — anders als das Sowjetgesetzbuch — an Kreise wendete, „die eines verfeinerten juristischen Denkens fähig sind“, was aber erst recht „für alle hausbackenen Juristen unbedingt notwendig wäre“¹⁰²⁾. Ein solcher Kritiker wird, wenn er vom alten russischen Entwurf kommt, oder gar das BGB. oder schweizerische Recht vergleicht, wenn er den Maßstab des so viel älteren französischen oder österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs anwendet, über die oft so schülerhafte Unbeholfenheit, über die Lücken, über die mangelnde Präzision des Ausdrucks im Sowjetrecht schelten, er wird sein Urteil zusammenfassend¹⁰³⁾ von einer „mittelmäßigen Kompilation“ sprechen, wenn er sich nicht noch schärfer ausdrückt. Das ist der durchaus verständliche Standpunkt des Mannes, dessen Haus von feindlicher Hand niedergerissen ist, und der nun zusehen muß, wie der Täter aus den Trümmern sich ein neues Haus nach dem alten Muster aufbauen möchte. Gerade im Obligationenrecht fühlt sich der Bessere Gewöhnte hier auf Schritt und Tritt von Ärger über die Mängel und Fehler dieses Notbaues berührt, bei dem nicht jeder Stein behauen, jeder Balken sorgsam zugerichtet ward, ehe man ihn ins Ganze einfügte.

Nur einige Beispiele zum Gesagten. Man vergleiche etwa BGB. § 241: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.“ Und ZGB. Art. 107: „Inhalt des Schuldverhältnisses. Kraft des Schuldverhältnisses hat die eine Person (Gläubiger) das Recht, von der anderen Person (Schuldner) eine bestimmte Handlung, insbesondere die Übergabe von Sachen oder die Zahlung von Geldern oder das Unterlassen einer Handlung zu fordern.“ Sachlich dasselbe. Die russische Definition laienhafter, näher dem, was man

¹⁰¹⁾ Recht Sowjetrußlands 281 ff.

¹⁰²⁾ a. a. O. 286.

¹⁰³⁾ a. a. O. 331 f.

auch bei uns am Prüfungstisch hört, wenn man will volkstümlicher¹⁰⁴⁾ und wohl auch — römischer. Oder Art. 106: „Entstehung der Schuldverhältnisse¹⁰⁵⁾. Die Schuldverhältnisse entstehen aus Verträgen und anderen im Gesetz angegebenen Gründen und insbesondere zufolge ungerechtfertigter Bereicherung und zufolge eines einer anderen Person zugefügten Schadens.“ Nun eine Einzelheit. Die obligatio auf dare einer species wird Art. 120 als eine Verpflichtung umschrieben, „deren Gegenstand die Verschaffung der Nutzung einer individuell bestimmten Sache ist“. Das Eigentum ist ja nach der neuen Theorie zu Nutzungszwecken da. Dazu ist nichts mehr zu sagen. Schwieriger ist ein anderer Punkt. Das Sowjetrecht, wie übrigens ja schon der zaristische Entwurf¹⁰⁶⁾, läßt nach französischem Vorbild Eigentum schon mit dem zugleich die Einigung enthaltenden obligatorischen Kausalgeschäft übergehen¹⁰⁷⁾. Ein solches System muß natürlich Vorsorge für den Fall einer mehrmaligen Veräußerung derselben Sache ohne Besitzübertragung treffen. Hier muß folgerichtig der Altersvorrang des Erwerbsgeschäftes entscheiden. In diesem Sinne bestimmt denn auch Art. 191 für den Fall des Verkaufs derselben Species an mehrere Käufer. Schwierigkeiten ergeben sich da aber, wenn der Altersvorrang nicht feststellbar ist, also wenn etwa inzwischen soviel Zeit vergangen ist, daß das Datum der einzelnen Kaufverträge nicht mehr zu ermitteln ist. Dann unterscheidet das Gesetz je danach, ob die Sache bereits einem der Käufer übergeben worden, oder doch bereits einer Klage erhoben hat. Der Besitzer bzw. der erste Kläger „gilt“ dann „als Eigentümer“ (Art. 191 Abs. 2). In diesem Sinne ist wohl auch der nichts weniger als deutliche Art. 120 zu verstehen.

Von besonderen Schutzmaßnahmen für den Schuldner muß hervorgehoben werden, daß, wenn dieser mangels einer Leistungsfrist sofort zahlen muß, ihm doch eine siebentägige Vergünstigungsfrist gewährt wird, „nachdem der Gläubiger das Verlangen gestellt hat“. Es hat demnach der Eintritt des Schuldnerverzugs außer Fälligkeit und Mahnung auch noch diese Wochen-

¹⁰⁴⁾ Ich vergesse nicht, daß ich Übersetzungen vor mir habe.

¹⁰⁵⁾ Womit der schuldrechtliche Teil des Gesetzes beginnt. Der Art. 106 steht noch vor dem eben zitierten (Art. 107).

¹⁰⁶⁾ Sawadsky 287.

¹⁰⁷⁾ Vgl. ZGB. Art. 66 und für den Kauf Art. 191. Der erste Käufer erwirbt also prinzipiell nicht bloß ein ius ad rem gegen den bösgläubigen Besitzerwerber, der den obligatorischen Vertrag des ersten Käufers kannte. Der gutgläubige zweite Käufer genießt freilich den Schutz des Art. 60. Vgl. oben S. 39 f.

frist zur Voraussetzung (vgl. Art. 111, 121). Wichtiger noch ist die Schutzbestimmung Art. 123, wonach dem Schuldner, der wegen Nichterfüllung oder Verzugs haftet, sowohl Stundung als auch Ratenzahlung vom Gericht — also unbekümmert um den Gläubiger — zugebilligt werden kann. Zur Schadensersatzlehre s. u. S. 48f. Sonst gibt der allgemeine Teil des Obligationenrechts bei seiner argen Dürftigkeit weniger Anlaß zu Bemerkungen.

Dagegen würde der spezielle Teil des Obligationenrechts mancherlei interessante Vergleichspunkte abgeben, wenn wir näher auf ihn eingehen könnten. Da steht unter den Vertragsverhältnissen bezeichnenderweise die Miete obenan. Auch sie ist nicht rein sozialistisch oder gar kommunistisch geregelt, kaum anders als wir es aus den strengsten Zeiten der Wohnungszwangswirtschaft gewohnt waren. Hört doch z. B. nach Art. 171e das Mietrecht auf, „wenn der Mieter eines Wohnraums durch seine Auführung anderen Bewohnern das Zusammenwohnen mit ihm in einem Zimmer oder einer Wohnung unmöglich macht“, wozu das Dekret vom 6. September 1922 noch die hübschen Fälle der Ausraubung der Wohnung durch den Mieter und der Einnistung ohne Recht rechnet. Aber auch Nichtzahlung des Mietzinses zwei Monate nach der Fälligkeit beendet das Mietverhältnis (Art. 171h). Es folgen im Gesetze Kauf und Tausch. Im Darlehensrecht ist besonders Art. 217 beachtenswert: „Der Darlehensnehmer hat das Recht, die Gültigkeit des Darlehensvertrages im Ganzen oder zum Teil wegen mangelnder Geldhingabe (Unvalutiertheit) zu bestreiten, indem er beweist, daß er die Gelder, Sachen oder ihren Vermögenswert (Art. 209) in Wirklichkeit von dem Darlehensgeber entweder überhaupt nicht oder in einer geringeren Menge empfangen hat, als im Vertrage angegeben ist. In den Fällen, in denen der Darlehensvertrag in schriftlicher Form zu errichten ist, wird das Bestreiten im Wege des Zeugenbeweises nicht zugelassen, mit Ausnahme von strafrechtlich zu ahndenden Handlungen.“ Damit ist — romanistisch gesprochen — dem Darlehensschuldner, der den Schuldschein ausstellte, ohne eine Valuta erhalten zu haben, beim gewöhnlichen Realkontrakt die *exceptio non numeratae pecuniae* zwar gestattet, aber nur als eine gewöhnliche *exceptio* mit der ihn selber treffenden Beweislast, nicht als jene besonders geartete *exceptio*, die den genannten Namen κατ' ἐξοχήν trägt. Es ist ferner bei allen in Schriftform abgeschlossenen Darlehensverträgen die Bestreitung der Valutazuzahlung sehr eingeengt. Diese Form gilt aber für alle nach dem Geltungstage des ZGB. geschlossenen Darlehensvorverträge (Art. 218). Die Betonung des Wegfalls des Sonderrechts der *exceptio*

non numeratae pecuniae ist auffallend. Man hätte von einem solchen Sonderrecht ja nur nicht zu sprechen brauchen. Aber es sollte wohl jedem Versuch künftiger Hereinziehung dieser doch so sehr schuldnerfreundlichen Bestimmung vorgebeugt sein¹⁰⁸⁾. Im Interesse des Darlehensschuldners liegt sein unverzichtbares Recht auf Kündigung, wenn der Zinsfuß den Normalsatz von 6 Proz. (Art. 110) übersteigt. Die Kündigungsfrist dauert dabei drei Monate. Der Schuldner kann aber auch gegen Mehrzahlung von Einmonatszinsen sich sofort befreien (Art. 216). Der Werkvertrag ist durch ein besonderes Reglement über die staatlichen Werk- und Lieferungsverträge ergänzt. Der Wirtschaftslage entsprechend spielt offenbar die Bürgschaft eine ziemliche Rolle, der eine eingehendere Behandlung des Bürgschaftsrechtes entspricht. Der Auftrag sieht die Möglichkeit einer parteilichen oder gesetzlich fixierten (Taxe) Vergütung vor (Art. 251) und ermöglicht so zugleich eine entgeltliche Geschäftsführung, die rein privatrechtlichen Charakter hat und nicht dem mehr öffentlich-rechtlichen Arbeitsrechte untersteht. Weniger zu billigen ist für das Gesetz die im Anschluß an den Auftrag erfolgte Behandlung der Vollmacht (Art. 264 ff.). So sehr praktisch beide Rechtsinstitute oft ineinander fließen, so ist doch die theoretische Scheidung ein Gewinn, der auch in der Systematik so wie bei uns in Erscheinung treten sollte. Das Gesellschaftsrecht (Art. 276 ff.) nimmt die Handelsgesellschaften mit. Einzelgesetze treten hinzu. Auch das Versicherungsrecht (Art. 367 ff.) hat im Gesetzbuche seine Behandlung gefunden. Der staatssozialistische Gesetzgeber ist diesem Rechtsgebiete begreiflicherweise sehr gewogen. Auch hier ergänzen besondere Gesetze das Recht des ZGB. Am beachtlichsten sind die Dekrete über die staatliche Zwangsversicherung von Sachen¹⁰⁹⁾.

In der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 399—402) fällt Art. 401 auf, wonach das zur Erfüllung einer Naturalobligation — das Gesetz sagt: einer „Verpflichtung, der zwar das Klagrecht fehlt, die aber nicht kraft Gesetzes nichtig ist“ — Gegebene nicht zurückgefordert werden kann. Es ist hier also schlechthin das objektive Moment, daß durch die Leistung eine Naturalobligation erfüllt ist, für den Ausschluß der Rückforderungsklage entscheidend. Diese ausschließliche Abstellung auf das objektive Moment entspricht dem zweiten Satzteil unseres § 814 BGB. Es ist aber nach Art. 401 in allen Fällen gleichgültig,

¹⁰⁸⁾ Beweist doch unser BGB. § 1139 den legislativen Wert der Bestimmung.

¹⁰⁹⁾ Freund 271 ff.

ob der Leistende von der Klaglosigkeit der Verbindlichkeit Kenntnis hatte oder nicht (anders BGB. § 814, 1. Satzteil). Praktisch noch wichtiger ist aber ZGB. Art. 402, wonach die Bereicherung nicht an den Rückfordernden, sondern an den Staat herauszugeben ist, wenn der sonst Rückforderungsberechtigte sich eines gesetzwidrigen Verhaltens schuldig gemacht hat. Es gilt also bei beiderseitigem gesetzwidrigen Verhalten nicht der bekannte Satz in *pari turpitudine melior est causa possidentis*¹¹⁰⁾, sondern die Bereicherung muß immer herausgegeben werden, nur daß der Rückforderungsberechtigte der Staat selber ist. Die Anwendung dieses staatlichen Rückforderungsrechts macht, wie schon oben gesagt, das Gesetz schon in den Art. 147, 149, 150, wonach bei nichtigen oder anfechtbaren, insbesondere auch bei wucherischen Geschäften nur der unschuldige Teil ein Rückforderungsrecht hat, während die ungerechtfertigte Bereicherung der geschädigten Partei „zugunsten des Staates beigetrieben wird“ (Art. 149 Abs. 2 Art. 150 Abs. 2). Sawadsky¹¹¹⁾ konstatiert nicht ohne Genugtuung, daß auch diese dem österreichischen, deutschen und schweizerischen Zivilrecht fremde — aber doch wohl recht billigenwerte — Norm schon im Preußischen Landrecht und im portugiesischen Bürgerlichen Gesetzbuche ihr Vorbild habe.

Eine große und bewußt¹¹²⁾ einschneidende Änderung gegenüber dem römischen und dem gemeinen Recht sowie den heutigen bürgerlichen Rechtsordnungen will das russische Recht in der Lehre von der *obligatio ex delicto* bringen. Schon diese Bezeichnung soll ja freilich nicht mehr zutreffen. Denn die Schadensersatzpflicht ist nicht auf das Delikt, die unerlaubte Handlung, zu deren begrifflicher Voraussetzung wir seit der Frühzeit des römischen Rechts die *culpa* rechnen, sondern auf die Tatsache der Schadenszufügung abgestellt. Also nicht Prinzip der Verschuldens-, sondern Prinzip der Erfolgshaftung? Ist, was die moderne Gesetzgebung zögernd und von Fall zu Fall als Ausnahme von der Regel der Kulpahaftung jetzt freilich in steigendem Maße zuläßt, hier zur Regel selbst erhoben? Historisch betrachtet wäre das in denkwürdiger Anakyklosis eine Rückkehr zum ältest erschließbaren Schadensersatzrecht, das nur den Erfolg des schädigenden Ereignisses und noch nicht die Schuld an seinem Eintritte der Haftung zugrundelegt. Aber mir scheint, daß

¹¹⁰⁾ Paulus, Dig. 12, 5, 3: *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus.*

¹¹¹⁾ Recht Sowjetrußlands 295.

¹¹²⁾ Vgl. die bei Sawadsky 290 zitierten Äußerungen im Kommentar von Hoichbarg zum ZGB. und die grundsätzlich und in allen Einzelheiten gegenteilige Stellungnahme Sawadskys S. 290 ff.

die Durchführung dieses, wie wir gerne zugeben wollen, vom Sowjetgesetzgeber gewollten neuen und zugleich uralten Prinzips nicht eine so sichere ist, wie es Sowjetgesetzgebung und Sowjetjurisprudenz wahr haben wollen. Und ich glaube, daß anderseits auch die scharfe Kritik Sawadskys mehr den Willen des Gesetzgebers als das zustandegekommene Gesetz und damit den Willen des Gesetzes selbst einwandfrei beurteilt. Die konsequente Durchführung des Kausalprinzips dürfte, wie Sawadsky mit Recht bemerkt, nicht auf die deliktische Haftung beschränkt bleiben, sondern es müßte außer der deliktischen ja auch die kontraktliche Kulpahaftung zur Debatte gestellt werden. Der Sowjetgesetzgeber hat das aber auch getan. Für die außervertragliche Schadensstiftung heißt es Art. 403: „Wer der Persönlichkeit oder dem Vermögen eines anderen Schaden zugefügt hat, ist verpflichtet, den zugefügten Schaden zu ersetzen. Er ist von dieser Verpflichtung befreit, wenn er beweist, daß er den Schaden nicht abwenden konnte, oder daß er zur Zufügung des Schadens ermächtigt war, oder daß der Schaden zufolge Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit des Geschädigten selbst entstanden ist.“ Fürs Vertragsrecht ¹¹³⁾ aber proklamiert Art. 117 ebenfalls die grundsätzliche und nicht an die Voraussetzung der Kulpas des Schuldners geknüpfte Schadensersatzpflicht für Nichterfüllung einer Verbindlichkeit. Diesen Grundsatz sollen sodann wohl die folgenden beiden Artikel bestätigend erläutern. Art. 118 erklärt nämlich: „Der Schuldner wird, sofern gesetzlich oder vertraglich nicht etwas anderes vorgesehen ist, von der Haftung für die Nichterfüllung befreit, wenn er beweist, daß die Unmöglichkeit der Erfüllung durch eine Tatsache bedingt ist, die er nicht abwenden konnte oder die zufolge Vorsatzes oder Fahrlässigkeit ¹¹⁴⁾ des Gläubigers eingetreten ist.“ Dieser wohl BGB. § 275 nachgebildete Art. 118 ZGB. betrifft offenbar nur die nachfolgende (objektive und subjektive) Unmöglichkeit. Art. 119 ZGB. schließt die Befreiung von der Haftung ausdrücklich aus für den Fall einer Genusschuld, wenn „die Lieferung von Sachen derselben Art nicht objektiv unmöglich gewesen ist“ (Z. 1); ferner soll der Schuldner aber stets für Kulpas der Er-

¹¹³⁾ Denn um nichtdeliktische Haftung handelt es sich, obwohl die Art. 117 ff. unter dem Titel „Allgemeine Vorschriften“ des Schuldrechts stehen.

¹¹⁴⁾ Hier also befreit den Schuldner jede culpa des Gläubigers, während bei deliktischer Schadensersatzpflicht nur culpa lata des Geschädigten befreit (ZGB. Art. 403). Im übrigen ist es merkwürdig, daß bei culpa concurrens des Geschädigten Befreiung des Schuldners, nicht Aufteilung des Schadens (wie bei der Kulpakompensation unseres § 254) eintritt.

füllungsdienner haften, wenn diese „vorsätzlich oder fahrlässig eine Tatsache herbeigeführt oder nicht abgewendet haben, die die Erfüllung unmöglich gemacht hat“ (Z.2). Bleiben wir zunächst bei dieser Regelung der kontraktlichen Haftung. Gewiß: das Prinzip des Art. 117 ist Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Nirgends ist der Grundsatz der bloßen Kulpahaftung — wie etwa BGB. § 276 — proklamiert, und der Schuldner hat, in der Sprache unserer Rechtsdogmatik gesprochen, die Nichterfüllung grundsätzlich schlechthin zu vertreten. Aber er kann sich enthaften, wenn er die Unabwendbarkeit der Nichterfüllung oder die Kulpahaftung des Gläubigers erweist. Trifft indes nicht auch bei uns (BGB. § 282) bei Streit darüber, „ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist“, die Beweislast den Schuldner? Und entsprechen nicht die Bestimmungen des ZGB. Art. 119 den Regeln unseres BGB. § 279 (*genus non perit*) und § 278? Eigenartig bleibt freilich die strenge Fassung, daß der Schuldner nur bei Unabwendbarkeit der Nichterfüllung frei wird. Es wird sich die Sowjetjurisprudenz also sehr mit dem Begriff der „Unabwendbarkeit“ befassen müssen. Ist aber Unabwendbarkeit nicht *casus*? Abwendbar ist doch nur, was bei Anwendung jeder Sorgfalt abgewendet werden kann. Unabwendbar, was trotz aller Sorgfalt nicht abgewendet werden kann. Die Haftung des Schuldners ist also trotz allem nur Kulpahaftung.

Nun zurück zur außerkontraktlichen Haftung. Wer sich (ZGB. Art. 403 s. oben) durch den Beweis, „daß er den Schaden nicht abwenden konnte“, den er „zugefügt hat“, von der Haftung frei machen kann, der haftet doch nicht schlechthin für Verursachung, sondern nur dann, wenn er den abwendbaren Schaden nicht abgewendet hat. Wer aber einen abwendbaren Schaden nicht abwendete, würde — Abwendungspflicht vorausgesetzt — auch bei uns dem Vorwurf des Vorsatzes oder der Kulpahaftung sich aussetzen. Ob eine Abwendungspflicht vorliegt, ist *quaestio facti*. Denn das Unterlassen kann nach unserem Recht nur haftbar machen, wenn eine besondere Handlungspflicht bestand. Auch Art. 403 kann aber doch wohl nur von einem Unterlassen der Abwendung eines solchen Schadens sprechen, an dessen Entstehung der Ersatzpflichtige beteiligt war¹¹⁵). Wer als bloßer Zuschauer einen Schaden, den er nicht durch eigene Handlung veranlaßt hat, den

¹¹⁵) Auch nach unserem Recht wäre jedenfalls eine Abwendungspflicht anzunehmen, deren Unterlassung *kulpos* oder gar *dolos* wäre und Schadenersatzpflicht nach sich zöge, wenn jemand einen schädigenden Erfolg seiner an sich zufälligen, nicht zu vertretenden Handlung sich ruhig auswirken ließe.

er aber kommen sieht und abwenden könnte, abzuwenden unterläßt, macht sich doch wohl auch nach Sowjetrecht nicht schadensersatzpflichtig? Trifft diese m. E. natürliche Auslegung zu, so nähert sich Art. 403 nur tatsächlich dadurch dem Erfolgshaftungsprinzip, daß er dem Schadensstifter den Enthaltungsbeweis auferlegt. Nicht wie nach gemeinem und unserem bürgerlichen Recht hat der Beschädigte Schaden und Verschulden¹¹⁶⁾ des Täters zu beweisen, sondern der Täter hat den Schaden zu ersetzen, wenn er nicht beweist, daß er ihn nicht abwenden konnte usw. (s. oben). Kann der Täter solche Enthaltungsmomente, wovon doch das erste (Unmöglichkeit der Abwendung) zugleich einen Exkulpationsbeweis in sich schließt, nicht erweisen, so haftet er. Auch nach dem Verursachungsprinzip läßt sich dagegen der Ausschluß der Haftung des Täters rechtfertigen, wenn der Schaden durch Dolus oder Culpa des Beschädigten entstanden ist. Von Kulpakompensation ist auffallenderweise auch hier nicht die Rede. Auch die Ermächtigung zur Schadenszufügung schließt die Verursachung durch den Täter aus. So dürfen wir, wie ich zusammenfassen möchte, nicht von einer grundsätzlichen Durchführung des Erfolgshaftungssystems sprechen, wie sehr auch die Sowjetjurisprudenz mit diesem System sympathisiert haben mag, als sie die Schadensersatzparagraphen formulierte. Mit dem Erfolgshaftungssystem unvereinbarlich und nur aus dem Kulpahaftungsprinzip erklärlich sind die Sondervorschriften der Art. 404 und 405. Bei einem reinen Erfolgshaftungssystem wäre zunächst die verschärfte Haftung des Art. 404 nicht verständlich: „Personen und Unternehmungen, deren Tätigkeit mit einer erhöhten Gefahr für die Umgebung verbunden ist, wie z. B. Eisenbahnen, Straßenbahnen, Fabrikunternehmungen, Händler mit brennbaren Materialien, Halter wilder Tiere, Personen, die Gebäude und andere Einrichtungen errichten usw.¹¹⁷⁾, haften für den Schaden, der durch die erhöhte Gefahrenquelle zugefügt ist, falls sie nicht beweisen, daß der Schaden zufolge unüberwindlicher Gewalt¹¹⁸⁾, Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit der Geschädigten selbst entstanden ist.“ Zwar zeigt wohl auch dieser Paragraph ein System an, das zur Erfolgshaftung hinstrebt; bezeichnend ist dabei besonders die de-

¹¹⁶⁾ Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten⁹ II, 976¹². Staudinger, Kommentar (5./6. Aufl.) zu § 823 S. 1605.

¹¹⁷⁾ So Freund. Die französische Übersetzung läßt sowohl das „z. B.“ als auch das „usw.“ fort, läßt aber auch keinen Zweifel an der bloß demonstrativen Natur der Aufzählung. Dem russischen Originaltext entspricht nach Dr. Spaeth genauer die deutsche Wiedergabe.

¹¹⁸⁾ Gemeint ist natürlich „höhere Gewalt“. Die französische Übersetzung sagt auch „force majeure“.

monstrative Aufzählung derjenigen Schäden, für welche Haftung bis zur vis maior eintritt. Andererseits aber ist diese verschärfte Haftung doch ein neuer Beweis für unsere Auffassung von der normalen Haftung für abwendbaren aber nicht abgewendeten (also *dolos* oder *kulpos omittendo* zugefügten) Schaden. Noch deutlicher für die Regel bloßer Kulpahaftung, die hinter der Scheinregel der Erfolgshaftung sich verbirgt, spricht aber Art. 405, wonach Personen unter 14 Jahren und Geistesranke sowie Geisteschwache ¹¹⁹⁾ für von ihnen zugefügten Schaden nicht haften. Die an ihrer Stelle haftenden Aufsichtspflichtigen können mangels besonderer Verschärfungsvorschrift nur nach der Regel Art. 403 haften, also doch wohl ebenfalls durch Nachweis der Unabwendbarkeit sich freimachen. Art. 406 bestimmt, daß auch in Fällen, in welchen der Täter nach Art. 403—405 frei ausginge, dennoch das Gericht ihn aus Billigkeitsgründen verurteilen kann, „entsprechend seiner Vermögenslage und der Vermögenslage des Geschädigten“. In solchen Fällen tritt allerdings reine Erfolgshaftung ein. Der Paragraph hat zwar, wie hier nicht näher ausgeführt werden kann, eine weitere Fassung als § 829 BGB., beruht aber offenbar doch auf dieser deutschrechtlichen Vorschrift bzw. auf ihren Vorbildern ¹²⁰⁾. Da auch hier die Haftung nur den Verursacher treffen kann, so zeigt auch dieser als Ausnahme formulierte Paragraph, daß nicht schlechthin jede Schadensverursachung ersatzpflichtig macht.

Die weitgehende Sozialversicherung kann zu einer Konkurrenz der Ansprüche aus dieser und aus dem Delikt gegen den Täter führen. Hier entscheidet Art. 412, daß, „wer im Wege der Sozialversicherung versichert ist, beim Eintritt des Versicherungsfalles Befriedigung von den Organen der Sozialversicherung erhält“. Für Versicherte ist diese bequemere Art, Ersatz zu erhalten, die allgemeine Regel, während der Täter ergänzend herangezogen werden kann und der Versicherer eventuell Regreßansprüche gegenüber dem Täter hat (Art. 413 f.).

Ganz Sowjetgeist atmet aber der Endparagraph der Vorschriften dieses Titels: eine nicht zum Kreis der Sozialversicherten (Lohnarbeiter) gehörige Person kann im ganzen nicht mehr Entschädigung erhalten, als eine versicherte Person im Versicherungs-

¹¹⁹⁾ Art. 405 verweist auf Art. 9, der Ausnahmen von Art. 7, 8 statuiert.

¹²⁰⁾ Sawadsky 291 findet hier „zum ersten Male den Grundsatz der Verantwortlichkeit für bessere Vermögenslage ausgesprochen“. Damit ist das Wesen dieser Vorschrift nicht getroffen. Vgl. etwa Dernburg, Das bürgerliche Recht ³ (1906) II, 707. Preuß. Allg. LandR. I, 6 §§ 41 ff.; Österr. allg. BGB § 1308; BGB. § 829 und dazu die Kommentare.

wege und dazu noch eventuell vom Täter ergänzend bezogen hätte (Art. 415 Abs. 1). Für die Berechnung der Höhe des Ersatzes bestimmt aber Art. 415 Abs. 2: „Hiebei wird die geschädigte Person der entsprechenden Kategorie von Arbeitern oder Angestellten gleichgestellt, entsprechend ihrer Vermögenslage und dem Grade ihrer persönlichen Nützlichkeit (!) nach dem Ermessen des Gerichts.“ Eine weniger demokratischer Gleichschätzung der Bürger als vielmehr dem proletarischen Arbeiterständestaat entsprechende Neuauflage der Bewertung des *os fractum* je nach der Person des Beschädigten in den Zwölftafeln (Tab. VIII, 3, Bruns) oder des germanischen ständisch abgestuften Wergelds!

Von der Aufhebung des Erbrechts durch Dekret vom 27. April 1918 ist schon beim Überblick über das Zerstörungswerk am Privatrecht die Rede gewesen; auch von seiner Wiedereinführung im Dekret über die privatrechtlichen Grundrechte vom 22. Mai 1922. Die als Großtat des Proletariats gepriesene Maßnahme scheint aus nicht schwer erklärlichen Gründen noch weniger Erfolg gehabt zu haben als der Vernichtungsfeldzug gegen das Eigentum. Das Dekret von 1918 hob die gesetzliche und testamentarische Erbfolge auf. Jeder Nachlaß sollte Staatseigentum werden. Aber auf der einen Seite scheint der gewünschte staatsfinanzielle Erfolg aus Gründen, die auch nicht schwer zu erraten sind, ausgeblieben zu sein¹²¹⁾, auf der anderen Seite drohte bei Einziehung der Nachlässe ein Heer von brotlosen Existenzen, die von den Erblassern erhalten worden waren, dem Staate zur Last zu fallen. Diese Gefahr scheint man besonders früh erkannt zu haben. Man verordnete die Unterstützung notleidender, arbeitsunfähiger Angehöriger der Verstorbenen aus dem Nachlasse. Diese soziale Fürsorgemaßnahme wurde nun auf eine Weise verwirklicht, daß tatsächlich auf dem Lande wenigstens diejenigen den Nachlaß mit der neuen Rechtsbegründung zur Nutzung erhielten, die ihn nach dem alten Recht als Erben erhalten hätten. Soweit also nicht die Enteignung die Privatrechte vernichtete, wurden sie durch Aufhebung des Erbrechts auch nicht beseitigt. Schon das grundsätzliche Dekret gegen das Erbrecht trug den angedeuteten Gedanken Rechnung¹²²⁾, indem es zunächst als Provisorium und weil der Staat ja noch nicht den nötigen Verwaltungsapparat für

¹²¹⁾ Hanfmann 355 berichtet, daß in den offiziellen Staatshaushaltsvoranschlägen von 1918 bis 1922 einer Einnahme aus Erbschaften gar nicht Erwähnung getan wird. Die eingezogenen Nachlässe scheinen also wie sonst so manches konfiszierte und säkularisierte Gut verschwunden zu sein.

¹²²⁾ Vgl. Hanfmann, a. a. O. 354. Freund 279.

alle ihm zufallenden kleineren Vermögen besaß, bestimmte, daß Nachlässe unter 10000 Rubel Wert, die insbesondere aus Gehöften, Hausrat und Produktionsmitteln einer Arbeitswirtschaft in Stadt und Dorf bestünden, dem anwesenden Ehegatten des Verstorbenen, seinen Deszendenten, einschließlich der Pflegekinder, Aszendenten und Geschwistern zur unmittelbaren Verwaltung und Verfügung — also doch wie „Eigentümern“ nach Sowjetrecht — überlassen werden sollten. Bei ländlichen „Arbeitswirtschaften“ wurde wegen des Widerstandes der bäuerlichen Bevölkerung gegen eine jede Verstaatlichung des Nachlasses, durch eine „Erläuterung“ des Erbrechtsaufhebungsdekrets selbst auf die Höchstgrenze von 10000 Rubeln verzichtet. Juristisch ist nun freilich das Recht der Angehörigen nicht mehr Erbfolge, sondern soziale Fürsorge, nicht mehr privates, sondern öffentliches Recht. Aber das ist wiederum Sowjetbegriffsjurisprudenz. Höchstens darin könnte eine praktische Auswirkung der Theorie sich zeigen, daß aus dem unzureichenden Nachlaß in erster Linie — vor den Gläubigern — die bedürftigen Angehörigen und unter diesen nicht die nächst Verwandten, sondern die meist Bedürftigen befriedigt wurden.

Das Erbrecht des ZGB. (Art. 416—435) kennt die beiden Delationsgründe: Testament und Gesetz. Aber sowohl die testamentarische als auch die gesetzliche Erbfolge sind stark beschränkt. Zunächst ist der Kreis der zur Erbfolge Berufenen nicht bloß für die Intestaterbfolge, sondern auch für die testamentarische Erbfolge sehr eingengt und an die Voraussetzung eines persönlichen Naheverhältnisses zum Erblasser geknüpft. Erbe werden können nur direkte Deszendenten (Kinder, Enkel, Urenkel), der überlebende Ehegatte des Verstorbenen, „sowie die arbeitsunfähigen und vermögenslosen Personen, die tatsächlich mindestens während eines Jahres vor dem Tode des Verstorbenen von letzterem voll unterhalten wurden“ (Art. 418). Unabhängig von der Voraussetzung der Bedürftigkeit sind also nur die Deszendenten und der überlebende Ehegatte berufen. Außerdem aber ein gar nicht näher durch Verwandtschaft bestimmter Kreis von arbeitsunfähigen und vermögenslosen Anwärtern, die bisher aus der Hand des Erblassers erhalten worden sind. In diese zweite Gruppe fallen Aszendenten, Geschwister, Pflegekinder¹²³⁾, aber auch andere Personen, wenn bei ihnen die Voraussetzungen der Arbeitsunfähigkeit und der Vermögenslosigkeit zutreffen. Neben

¹²³⁾ Zu besonderen Härten kann hier z. B. für bedürftige Eltern die Vorsetzung der Jahresfrist (Art. 413) führen. Über Lösungsmöglichkeiten vgl. Hanfmann 356 f.

dieser Einengung des Kreises der Berufenen bestand auch eine einschneidende objektive Beschränkung des Erbrechts. Nur bis zur Höhe von 10 000 Rubel¹²⁴⁾ war Erbfolge möglich (Art. 416); alle Erbquoten zusammen durften nicht mehr als diesen Betrag erreichen; der Überschuß verfiel dem Staate (Art. 417). Denn das war ehemals ja die Regel für den ganzen Nachlaß, die Freigabe eines vererbbaaren Vermögens von 10 000 Rubel mußte schon als Zugeständnis an die wirtschaftlichen Forderungen der NEP. erscheinen. Es lag von vornherein im Bereiche der Wahrscheinlichkeit, daß diese Entwicklung zum „bourgeoisien“ Erbrecht Fortschritte machen werde. Die Freigabe des Hausrates und Hausbedarfs¹²⁵⁾ für Vererbung, ohne daß diese Werte in den 10 000-Rubel-Höchstbetrag eingerechnet wurden (Art. 421), sowie die freie Vererblichkeit aller aus Konzessionen erwachsenen Vermögensrechte (Art. 416 Anm.)¹²⁶⁾ wiesen sehr deutlich in diese Richtung. Die entschiedene Abkehr von dem ja nur noch halbkommunistischen System der 10 000-Rubel-Grenze macht neuestens die Verordnung der Zentr.-Ex.-Kom. und des Rats der Volks. der Union der SSR. vom 29. Januar 1926 „über die Aufhebung des Höchstwertes des Vermögens, das durch Beerbung und Schenkung übertragen werden kann“¹²⁷⁾.

Da der Kreis der gesetzlichen und der möglichen testamentarischen Erben derselbe ist, so ergeben sich für den Willen des Erblassers sehr enggezogene Grenzen. Testamentarische Verfügungen können denn auch nur die Verteilung des Nachlasses regeln (Art. 422), die mangels solcher Verfügung per capita erfolgt (Art. 420). Die Erbrechtsfeindlichkeit der Sowjetgesetzgebung kommt besonders in der Bestimmung zum Ausdruck, daß der Testator ein unbeschränktes Enterbungsrecht hat. Es fehlt jeder Pflichtteilsanspruch, den Teil der Enterbten erhält vielmehr der Staat (Art. 422 Anm.). Es darf doch wohl daraus gefolgert werden, daß Personen, die der Erblasser nicht exhereditiert, sondern bloß praeteriiert hat, ebenfalls nicht miterben. Wie aber bei Fehlen eines Testaments die Erbbedürftigen festgestellt werden, erfahren wir nicht.

Inhalt und Form des ganzen Erbrechts sind sehr dürftig. Man sieht ordentlich die Widerwilligkeit des Gesetzgebers gegen dieses

¹²⁴⁾ Des reinen Nachlasses nach Abzug der Schulden.

¹²⁵⁾ Mit Ausnahme von Luxusgegenständen.

¹²⁶⁾ Bezüglich der hohen Besteuerung derartiger, die 10 000-Rubel-Grenze überschreitender Nachlässe vgl. Hanfmann 361 f.

¹²⁷⁾ S. Kelmann in Kelmann-Freund, Jurist. Lit. der Sowjet-Union (1926) S. 76.

ihm von dem Zwang der wirtschaftlichen Entwicklung abgerungene Zugeständnis an die verhaßte bürgerliche Rechtsordnung, die stärker gewesen ist als der Kommunismus. In den knappen zwanzig Artikeln (416—435), die das ZGB. dem Erbrecht widmet — gegen 464 Erbrechtsparagrafen des deutschen BGB.! —, sind noch Bestimmungen enthalten über Auflage (Art. 423), Substitution (Art. 424), über Form (Schriftlichkeit, eigenhändige Unterschrift oder Ersatz derselben und Eintragung ins notarielle Urkundenbuch) (Art. 425), über Aufhebung (Art. 426)¹²⁸⁾, Testamentsvollstrecker (Art. 427). Eine bedeutende Rolle fällt bei solch dürftigen Bestimmungen natürlich dem Nachlaßgerichte bei der Erbauseinandersetzung zu (Art. 428). Das Nachlaßgericht ergreift „Schutzmaßnahmen“, sowie es vom Tode des Erblassers Kenntnis erhält (Art. 431). Diese Maßnahmen, über die wir Näheres nicht erfahren, schützen offenbar ex officio den Nachlaß gegen Zugriffe von Gläubigern und gut- oder bösgläubigen Erbprätendenten. Wer zum Nachlaß berufen ist, muß ihn, wenn er ortsanwesend ist, binnen 3 Monaten ablehnen, sonst gilt er als annehmend (Art. 429): eine vom Standpunkt des Gesetzes in der ganzen Erbrechtsfrage unkonsequente Norm, da sie das Erwerben ja fördert. Abwesende Erben dagegen müssen ausdrücklich annehmen (Art. 430). Ein Aufruf der Erben erfolgt wiederum bezeichnenderweise nicht (Art. 431): also besser, wenn sich Abwesende nicht melden, da dann der Staat an ihre Stelle tritt. Die Annahmefrist¹²⁹⁾ beträgt 6 Monate, nachdem das Gericht die Schutzmaßnahmen ergriffen hat (Art. 433). Der Erbe haftet von Rechts wegen und ohne daß ihm eine Antragspflicht auferlegt wäre, nur beschränkt („im Rahmen des tatsächlichen Wertes des Nachlasses“ Art. 434).

Ich wiederhole die Zufälligkeit und Willkürlichkeit der Auswahl der besprochenen Bestimmungen des ZGB. und hoffe, noch bei anderer Gelegenheit einige Worte zum Familienrechte sagen zu

¹²⁸⁾ In der sehr schwerfälligen Formulierung des Art. 426 soll offenbar zum Ausdruck kommen, daß das jüngere Testament nur insoweit das ältere aufhebt, als die Bestimmungen des jüngeren mit denen des älteren unvereinbar sind. Mir scheint die Friendsche Übersetzung, so wenig sie in ihrem Streben nach Wörtlichkeit sprachlich schön sein mag, sachlich trotz der Kritik in der französischen Übersetzung p. 253¹, zutreffend zu sein. Dagegen ist im zweiten Satz gesagt, daß der Testator auch ohne Errichtung eines zweiten Testaments das frühere durch eine notarielle oder gerichtliche Erklärung, die in das Urkundenbuch oder Gerichtsprotokoll einzutragen ist, aufheben kann. So das Original (nach Dr. Spaeth) und die französischen Übersetzer; bei Freund steht irrtümlich „bei Errichtung“.

¹²⁹⁾ Das „melden“ in Art. 433 ist wohl so zu verstehen.

können. Vielleicht ist es aber doch schon in der Beschränkung dieses Aufsatzes möglich geworden, einen Blick in das Vergehen und das neue Werden positiven Rechts in dem wogenden Riesenreiche zu tun. Wer über die Menschenschicksale von heute hinwegzuschauen vermögen wird, die in diesem furchtbaren Kampfe ums Recht vor unseren Augen zerrieben worden sind, der Historiker der Zukunft, wird auch diese Epoche der Rechtsgeschichte unter dem großen Gesichtspunkt des Ringens zwischen einer positiven Machtsatzung und dem Gesetze betrachten, das die Griechen den νόμος ἄγραφος genannt haben.

Das Rechtsordnungsobjekt.

Von

Professor Dr. Ernst Beling, München.¹⁾

Es ist eine bekannte universalhistorische Tatsache, daß die Menschheit, als in den Anfängen der Kultur die Vorstellung von „Normen“ in ihrem Bewußtsein aufdämmerte, diese Normen nicht sogleich in verschiedenartige gesonderte Normenkomplexe aufteilte. Das Denken erhob sich zwar über das subjektive Belieben der Einzelnen; aber was mit diesem kontrastiert wurde, das war die „Soll“-Vorstellung ganz allgemein. Erst in sehr langem und langsamem Entwicklungsgange zerlegte sich die allgemeine „Soll“-Vorstellung, und lernte man zwischen Anforderungen der Religion, der Sittlichkeit, der Sitte, des Rechts scheiden. Nach welchen Kriterien sich die verschiedenen Normensysteme sondern, ist heute noch in vielfacher Hinsicht problematisch. Daß aber zwischen ihnen ein begrifflicher Unterschied waltet, ist heute

¹⁾ Die nachstehende Abhandlung ist zuerst in italienischer Übersetzung in der *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4. Jahrgang 1924 S. 26 ff., erschienen. Die nochmalige Veröffentlichung erfolgt mit gütiger Zustimmung des Herausgebers der *Rivista*, Herrn Prof. G. del Vecchio in Rom. Zu dem alten Text sind einige Zusätze hinzugefügt, veranlaßt namentlich dadurch, daß die italienische Übersetzung (die mir vor dem Druck nicht vorgelegen hat) sich nicht durchweg mit dem Sinn deckt, den ich mit meinen Ausführungen verbunden wissen wollte, und dadurch, daß Herr Prof. Maggiore in einem „Postilla“ in der *Rivista* a. a. O. S. 41 ff. Einwendungen gegen meine Ausführungen erhoben hat, mit denen ich nicht umhin konnte, mich auseinanderzusetzen.

kaum bestritten; insbesondere ist die Besonderheit des Rechts durch die Rechtswissenschaft und die Lebenspraxis immer schärfer ins Bewußtsein gerückt worden.

Leider hat die Rechtsphilosophie mit jenem Abschichtungsprozeß nicht Schritt gehalten. Sie ist sich ihrer Besonderheit noch immer nicht voll bewußt geworden. Sie ist auf die Welt gekommen als das philosophische Nachdenken über das Gesolltsein menschlichen Verhaltens schlechthin. Sie hätte im Laufe der Jahrtausende ein — durch den Rechtsbegriff in seinem Gegensatz gegen die anderen Normenkomplexe — scharf umrissenes Arbeitsgebiet aufsuchen sollen. Sie hat das aber bis zum heutigen Tage nicht getan. Ihre Grenzen verschwimmen noch heute. Vor allem ist die *actio finium regundorum* zwischen Ethik und Rechtsphilosophie noch unausgetragen. Die systematische Eingliederung der Rechtsphilosophie ist sichtlich ein Verlegenheitsobjekt. Philosophen von Fach lieben es, den Zusammenhang zwischen beiden zu betonen. Ihnen ist die Rechtsphilosophie die eine Hälfte der Ethik oder deren Trabant, ohne daß man dabei über den Gegensatz von Tugend- (oder Pflichten-) Lehre und „Rechtslehre“ hinauskäme. Juristische Rechtsphilosophen besetzen umgekehrt gern das Gebiet der Rechtsphilosophie so, daß man fragen kann, was für die Ethik noch übrig bleibt, höchstens daß neben der Rechtsphilosophie als „Sozialethik“ noch die „Individuethik“ stehen bleibt.

Aber dabei kann es nicht bleiben. Sonst werden sich Ethiker und Rechtsphilosophen gegenseitig nie verstehen. Sie werden bestenfalls beide genau dasselbe lehren und sich dann nur dadurch unterscheiden, daß der eine sein Geistesprodukt auf den Namen „Ethik“, der andere das seinige auf den Namen „Rechtsphilosophie“ tauft. Oder sie werden aneinander vorbeireden. Oder sie werden schließlich einander in Unstimmigkeit gegenüberstehen.

Will man in der Erkenntnis vorwärtskommen, so hat man im Geiste des Kritizismus den sehr elementaren Satz zugrunde zu legen, daß jede philosophische Disziplin, die sich um eine Einzelwissenschaft herumlegt — wie die Rechtsphilosophie um die Rechtswissenschaft —, den Gegenstand dieser Einzelwissenschaft begrifflich unverändert zu übernehmen hat. Eine „Rechtsphilosophie“, die sich unter „Recht“ etwas ganz anderes dächte, als es die Rechtswissenschaft tut, wäre keine Rechtsphilosophie. Ihre Betrachtungen über das Recht mögen und müssen andere sein als die der Rechtswissenschaft, aber sie müssen sich auf den gleichen Gegenstand beziehen.

Nun ist zwar die Rechtswissenschaft nicht imstande, den Rechtsbegriff zu bestimmen. Sie muß diesen vielmehr — als ihr logisches prius — voraussetzen und setzt mit ihrer Arbeit erst jenseits des Rechtsbegriffes ein, um das Inhaltliche im Recht aufzuzeigen. Deshalb fällt die Aufgabe, das Recht zu definieren, der Rechtsphilosophie zu. Gleichwohl bleibt letztere dabei von der Rechtswissenschaft abhängig. Es gilt nicht, den Rechtsbegriff einfach zu konstruieren, sondern der Rechtsphilosoph hat lediglich das Rechts-Vorstellungsbild, um das alle Rechtswissenschaft schwingt, der begrifflichen Formulierung entgegenzuführen²⁾. Hat die Rechtsphilosophie diese ihre erste Aufgabe erfüllt, so mag sie weiteren philosophischen Gedanken über das Recht nachhängen.

Gegen diese erste Forderung hat nun die Rechtsphilosophie bis in die neueste Zeit hinein beharrlich gesündigt. Sieht man auch ganz ab von den wunderlichen Rechtsdefinitionen, wie sie sich etwa bei Hegel und bei Krause finden, denen der Jurist notwendig befremdet und verständnislos gegenüberstehen muß, so haftet doch jedenfalls den üblichen Rechtsdefinitionen regelmäßig einer von zwei Mängeln an: entweder wird dem Recht die Rechtsidee oder das Rechtsideal substituiert; oder es wird ein fragmentarischer Ausschnitt aus dem Komplex der Merkmale des Rechts geboten, den der Jurist erst in entscheiden-

²⁾ Der Rechtsphilosoph hat sich also einfach an das „Faktum der Rechtswissenschaft“ zu halten und den Juristen abzulauschen, was diese sich unter „Recht“ denken. Nur die definitorische Formgebung für die juristische Gesamtvorstellung von Recht ist seine Sache; das Material für die Definition spielt ihm die Jurisprudenz in die Hand. Ein *circulus vitiosus*, wie ihn Sauer, *Grundlagen der Gesellsch.*, S. 401 Anm. 5, und in *Ztsch. f. StrRWiss.* 45, 302, dieser Art von Rechtsbegriffsentwicklung nachsagt, liegt ganz und gar nicht vor; der Rechtsphilosoph bringt eben keine Vorstellungen vom Recht von vornherein mit. Freilich muß er, um die Induktionsbasis zu finden, die Rechtswissenschaften von anderen Wissenschaften trennen. Aber dazu braucht er keinen apriorischen Rechtsbegriff, sondern hält sich einfach an die Tatsache, daß es Wissenschaften gibt, die sich „Rechtswissenschaften“ nennen und als solche gelten. Sauer hält die Rechtsordnungen selbst und die Rechtswissenschaft nicht auseinander. Er hätte mit dem Vorwurf eines *circulus vitiosus* recht, wenn die Meinung die wäre, daß der Denker, ohne sich um die Rechtswissenschaft zu kümmern, zuerst „die Rechtsordnungen“ zu sammeln hätte (was er natürlich nur unter Voraussetzung des Rechtsbegriffs tun könnte) und dann aus ihnen den Rechtsbegriff abzuleiten hätte. Aber davon ist natürlich keine Rede. Der Rechtsphilosoph fühlt sich lediglich ein in das, was der Rechtswissenschaft als „Recht“ vorschwebt. Seine Abhängigkeit von der Rechtswissenschaft ist analog, wie die Abhängigkeit der Wissenschaft von vorwissenschaftlicher Begriffsbildung. Näheres über den Rechtsbegriff bei Beling, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 1923, S. 7 ff.

den Punkten ergänzen muß, um zu einer brauchbaren Definition zu gelangen. Dem einen ist das Recht „der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“ (Kant) oder die „vernünftige Friedensordnung“ (Dahm) oder ein ähnliches Gebilde: die ideale Ordnung des Zusammenlebens der Menschen. Die anderen meinen, das Recht mit der Formel „Ordnung sozialen Lebens“ ohne weiteren Zusatz erschöpfend definiert zu haben.

Daß jene erste Art Begriffsbestimmung keinesfalls denjenigen Gegenstand trifft, um dessen Erkenntnis sich die Rechtswissenschaft bemüht, liegt auf der Hand. Sie eröffnet philosophische Ausblicke, fördert aber die Rechtsphilosophie nicht, weil sie uns eine quaternio terminorum aufnötigt.

Die andere Definition hinwiederum ist schon deshalb unzulänglich, weil sie lediglich die Form des Rechts angibt, während doch das Recht nicht bloße Rechtsform ist, sondern der Inhalt sogar das Hauptsächliche ist. Sicher ist auch nicht jeder beliebige Inhalt einer Ordnung sozialen Lebens geeignet, den Rechtsbegriff zu konstituieren. Wäre das Recht identisch mit „Ordnung sozialen Lebens“, so würde auch die rein ideale Ordnung sozialen Lebens „Recht“ sein, während sie keinesfalls das Recht im Sinne der Rechtswissenschaft ist. Es würden ferner die sich auf das gesellschaftliche Leben beziehenden Vorschriften der Religion und der Sittlichkeit vom Recht nicht unterscheidbar sein. Und vor allem wäre zwischen Recht und Sitte nicht der kleinste begriffliche Unterschied zu entdecken. Die Formel: Recht = „Ordnung sozialen Lebens“ nennt also lediglich das genus proximum des Rechtsbegriffes, versäumt aber, die differentia specifica hinzuzufügen.

Worin besteht nun diese differentia specifica? Sie besteht, kurz gesagt, in dem Herrühren des Ordnungsinhalts von einem menschlichen Verbande als dem Rechtsordnungssubjekt. Die Definition des Rechts hat also vollständig dahin zu lauten: „Recht ist eine solche Ordnung sozialen Daseins, deren Inhalt durch einen Menschenverband als das Rechtsordnungssubjekt bestimmt ist“³⁾. Nur so hebt sich das Recht scharf ab

³⁾ Die Polemik von Maggiore a. a. O. gegen diese Begriffsbestimmung beruht auf einem doppelten Mißverständnis. Das eine rührt daher, daß in der Übersetzung an Stelle des deutschen Wortes „Menschenverband“ die zu unbestimmte Wendung „associazione umana“ steht. Das andere besteht darin, daß Maggiore mir unterstellt, ich

von allen rein idealen, nichtempirischen Ordnungen, vor allem von der an der Hand der „Rechtsidee“ geforderten Ordnung, dem sog. „richtigen Recht“, das in Wahrheit kein „Recht“ ist, sondern ein Musterbild dafür, wie es sein soll, und das als solches jenseits der Rechtswissenschaft liegt. Nur so hebt es sich ferner ab von allen Ordnungen, deren sachlichen Gehalt der religiöse Sinn auf Gottes Willen oder das sittliche Bewußtsein auf eine Gewissensnorm zurückführt⁴⁾).

Nur so ist es auch möglich, das Recht von einer anderen Lebensordnung zu scheiden, die gleich ihm empirischen Ursprung hat und an das gesellschaftliche Leben adressiert ist: der „Sitte“. Man hat versucht, das Gebiet der Sitte dadurch gegen das des Rechts abzugrenzen, daß man jener den Zwangscharakter

identifizierte den Inhalt des Rechts eben mit der „associazione umana“ (obwohl im italienischen Text meiner Abhandlung richtig von einem „contenuto determinato da una associazione“ die Rede ist). Vielleicht denkt Maggiore auch bei „Ordnung“ sozialen Lebens an etwas anderes, als ich es tue. Für mich ist „Ordnung“ ein Normenkomplex, also ein Sinnefüge, das an das soziale Leben Forderungen stellt, nicht etwa ein tatsächlich bestehender Zustand des sozialen Lebens. Maggiore glaubt, ich wollte nur den Zusammenhang des Rechts mit dem gesellschaftlichen Leben betonen; und dann hat er es natürlich leicht mit dem Aufweis, daß darin nichts dem Recht Charakteristisches liegt, daß dies vielmehr für die sozialetischen Normen usw. ebenso gilt. Demgegenüber gehe ich von einem doppelten Bezugsverhältnis der Normen aus: Wir haben immer zu fragen, einmal, wen die Normen binden wollen, und sodann, von wem sie herühren. Für die Rechtsnormen beantwortet sich die erste Frage dahin: sie gelten den Menschen in ihren gesellschaftlichen Beziehungen, wobei wir den „Verbands“-Begriff nicht brauchen; die zweite Frage dahin, daß bei den Rechtsnormen das Vorhandensein eines Verbandes = einer zur Einheit organisierten Menschengruppe vorausgesetzt wird, und dieser Verband als das ordnende Subjekt erscheint, während die anderen Normenkomplexe andere Ordnungssubjekte haben. Der Inhalt der Rechtsnormen ist nicht dasselbe, wie die *associazione umana*, sondern Inhalt von Forderungen, die ein Verband an gesellschaftliches Leben stellt, also zwischen den regelnden Verband und das geregelte Objekt zwischenhinein zu denken. Maggiore geht in seiner Kritik gerade an dem, was für mich das Hauptsächliche ist, vorüber. Und im Ernste kann doch auch gar nicht bestritten werden, daß der Jurist bald einmal das Deutsche Reich, bald den italienischen Staat usw., jedenfalls immer eine verbandsmäßige „Gemeinschaft“ voraussetzt, deren Normen ihm eben „Recht“ bedeuten.

⁴⁾ Maggiore gibt meine Auffassung dahin wieder: Das Recht charakterisiere sich dadurch, daß es ein Ordnungssubjekt habe, während die übrigen Normenkomplexe kein Ordnungssubjekt hätten. Derartiges behaupte ich aber nicht und habe ich nirgends behauptet. Was ich sage, das ist, daß das Recht ein eigenartiges Ordnungssubjekt („tale“) hat, nämlich einen Menschenverband, während man den anderen Normenkomplexen andere Subjekte (Gott, Gewissen usw.) hinzudenkt.

absprach: sie beruhe auf bloßer Übereinkunft der einzelnen („Konventionalregeln“), sie sei lediglich „einladend“, und ihre Nichtbeachtung sei jedem freigestellt. Zum Teil hat die Sitte in der Tat diesen sanften Zug im Antlitz. Aber es gibt auch Sitte, die nach dem Belieben der einzelnen gar nichts fragt, die mit Strenge volle Autorität für sich in Anspruch nimmt und dem Zuwiderhandelnden sehr schwere Übel bereitet. Das entscheidende Moment, durch das sich alle Sitte vom Recht scheidet, ist ein anderes: Während das Recht einen organisierten Personenkreis, einen „Verband“, als sein Ordnungssubjekt voraussetzt, ruht die Sitte auf einer kollektiv-individuellen Basis. Die Vorstellung des Obwaltens einer Sittennorm kommt in uns dadurch zustande, daß wir beobachten, wie eine Anzahl von Einzelnen übereinstimmend bestimmte Verhaltensmaßregeln als maßgeblich ansehen. Diese Beobachtung genügt. Ob die Einzelnen Glieder einer organisierten Gruppe sind, ist gleichgültig; es gibt Sitten innerhalb der Gelehrtenwelt, der Künstlerwelt usw., auch wo sich die Gelehrten usw. nicht standesgemäß organisiert haben. Und sollte zufällig die Menschengruppe, von deren Sitte die Rede ist, auch verbandsmäßig zusammengeschlossen sein, so ist doch dieser Zusammenschluß begrifflich gleichgültig; die Sitte kommt von ihrer kollektiv-individuellen Basis nicht los; es gibt nur Sitte in einem Staate, nicht „Sitte des Staates“⁵⁾). Für den Rechtsbegriff würde die Feststellung übereinstimmender Anschauungen noch so vieler Einzelner nicht genügen. Die Anschauungen einzelner werden erst dadurch zu Inhalten einer Rechtsordnung, daß sie als Ausdruck des Willens eines zentralen Subjekts: des Verbandes, gedacht werden. (Dies ist namentlich der richtig verstandene Sinn der „*opinio juris*“ als eines konstitutiven Elements für die Annahme eines Gewohnheitsrechts.) Damit steht im Zusammenhang, daß die Reaktion der Sitte gegen Unsitte zwar wie die des Rechts gegen Rechtswidrigkeit Zwangscharakter haben kann, aber keine „organisierte“ ist, sondern dem einzelnen überlassen bleibt, der den Beruf in sich fühlt, zensorisch aufzutreten⁶⁾).

⁵⁾ Denken wir uns, daß die menschlichen Verbände durch anarchistische Revolution zerschlagen würden und nur noch „Vereine der Egoisten“ im Sinne Max Stirners bestehen blieben, so würde die Sitte den Untergang des Rechts überdauern können.

⁶⁾ Sauer will (Ztschr. f. StrRWiss. 45, 302) meine Auffassung, daß die Sitte keinen Verband zur Basis habe, durch die Folgerung widerlegen, daß danach die in einem Offizierkorps herrschende Duellsitte keine Sitte sein würde. Das wäre zwingend, wenn „Verbandsbasis“ und „kollektiv-individuelle Basis“ einander ausschließende Gegensätze wären; dann freilich würde die Feststellung, daß eine Norm bestimmten Inhalts als von einer Gemeinschaft diktiert gelte, sofort den Schluß recht-

Die Zurückführung des Rechts auf einen Verband als sein Ordnungssubjekt ermöglicht schließlich auch die klare Erfassung jener sozialen Erscheinung, die man die „Volksmoral“ nennt. Diese unterscheidet sich zunächst von der echten Moral dadurch, daß sie nicht wie letztere absolut und unbedingt ist, sondern, als empirische Gegebenheit, bloß menschliche Anschauungen über moralisches Verhalten darstellt, die vom Standpunkt der reinen Moral aus sehr wohl verkehrt sein können. Sie unterscheidet sich von der Sitte dadurch, daß sie nicht auf das äußere Benehmen, sondern auf das Innere im Menschen abstellt. Vom Recht endlich wird sie, wie die Sitte, dadurch abgehoben, daß es sich nur um übereinstimmende Anschauungen der einzelnen Volksgenossen handelt, und der Gedanke einer Setzung dieser Normen durch einen Menschenverband fehlt.

Ob die im Volk obwaltenden Normenvorstellungen dahin gehen, daß es sich um einen zentralen „Willen“ des betreffenden

fertigen, daß dieser Norminhalt nicht den Inhalt einer Sittenvorschrift bilde. Aber die apriorische Annahme, daß ein identischer Inhalt nicht zugleich Inhalt einer Rechts- und einer Sittenvorschrift sein könne, wird durch das empirisch-soziologische Material widerlegt. Dieses lehrt uns, daß sehr wohl ein Verband durch Rechtsvorschrift von den Einzelnen eben das verlangen kann, was auch die Einzelnen ohne Rücksicht auf das „von oben her Befohlensein“ kollektiv als Sitte festhalten; und weshalb soll dies a priori „undenkbar“ sein? Tatsächlich wird freilich die Sitte in der Regel abtreten, wenn ihr Inhalt in einen Rechtsatz übergeführt ist, denn dann wird sich meist das Interesse der Einzelnen an der Aufrechthaltung der Norm als Sittenorm verlieren, weil ihr Inhalt in stärkerer Weise durch die Verbandsautorität garantiert ist. Aber eine Sittenanschauung kann auch so zäh gerade an dem Sittencharakter der Vorschrift hängen, daß ihr deren Stützung durch eine kongruente Verbandsnorm gar nichts Hauptsächliches ist. Es gibt also sozusagen Idealkonkurrenz von Recht und Sitte. Würde z. B. ein staatliches Gesetz gewisse Entblößungen des Körpers verboten haben, und würde dieses Gesetz dann etwa nach 5 Jahren außer Kraft getreten sein, während vor- wie nachher die Sitte jene Entblößungen verwarf, so kann es sehr wohl sein, daß die Sitte auch während der 10 Jahre des Bestehens der gleichinhaltlichen Rechtsvorschrift als vom kollektiv-individuellen Bewußtsein getragen bestanden hat. Was die Duellsitte anlangt, so ist sie deshalb Sitte, weil sie nicht bloß als von oben her, vom Offizierkorps als Verband, diktiert beachtet wird. Gewiß kann man ihren Inhalt auch als Bestandteil eines Codex des Offizierverbands, also als „Recht“, auffassen (und daß dieses Recht mit dem staatlichen in Gegensatz stünde, hätte nichts Verwunderliches, da die Vielheit der Rechtsordnungssubjekte solche Gegensatzmöglichkeiten eröffnet). Aber eine Verneinung der Duellsitte liegt darin nicht. Auch wenn das Offizierkorps „offiziell“ vom Duellwesen nichts wissen wollte, wäre, wie die Menschen nun einmal sind, damit der Untergang der Duellsitte noch nicht besiegelt.

empirischen Verbands handle, oder ob dieser Beziehungspunkt dabei fehlt, wird im Einzelfalle nicht immer leicht zu bestimmen sein. Sicher aber ist, daß der bloße Nachweis von Sitte oder Volksmoral in dem oben dargelegten Sinn für die Erkenntnis des Rechts nichts abwirft, weil dieses mit dem Verbands als seinem Ordnungssubjekt steht und fällt.

Nummehr liegt auch klar vor Augen, wie sich Rechtsphilosophie und Ethik zueinander verhalten.

Die Rechtsphilosophie hat zunächst eine Aufgabe, die mit Ethik überhaupt nichts zu schaffen hat: die Aufgabe, den Begriff des Rechts und seine logisch notwendigen Ausstrahlungen klarzulegen und damit der Rechtswissenschaft vorzuarbeiten. Es handelt sich dabei um rechtserkenntnistheoretisch-logische Gedankentätigkeit. Der ethische Gedanke spielt hierbei ebenso wenig eine Rolle, wie bei der erkenntnistheoretisch-logischen Grundlegung für andere Einzelwissenschaften mit empirischem Gegenstande.

Die Rechtsphilosophie fragt sodann danach, ob dem Recht Sinn zukommt, und, wenn ja, nach dem Musterbilde für das Recht. Sie stellt damit die Ergebnisse der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis unter Wertbetrachtung. Aber die begriffliche Vorstellung vom Recht als einer von einem Menschenverbands aufgerichteten Ordnung sozialen Lebens darf auch hier nicht preisgegeben werden. Alle rechtsphilosophische Wertbetrachtung kann sich nur darauf richten, ob das so begriffene Recht werthhaft sei oder nicht, und wie es sein müsse, um dem Ideal zu entsprechen. Mit der Entwerfung eines Musterbildes für die von einer organisierten Menschengruppe aufzurichtende Ordnung gesellschaftlichen Daseins ist die Grenze erreicht, jenseits deren nicht mehr von „Rechtsphilosophie“ gesprochen werden kann.

Daß dieses zweite Stück der Rechtsphilosophie — die Rechtswertphilosophie — schließlich in die Ethik einmünden muß, ist klar; denn Ethik ist die allgemeine Wertlehre für menschliches Verhalten⁷⁾. Aber gerade hier wird bedeutsam, daß die Rechtsphilosophie von dem Gedanken an ein besonderes Ordnungs-

⁷⁾ Obiger Satz soll nach Maggiore offenbar machen, daß mein Bemühen, Rechtsnormen und sittliche Normen zu trennen, scheitere. Maggiore meint, ich gäbe nun also doch zu, daß das Recht „ein Kapitel der Ethik“ sei! Nach ihm soll das Recht „wie von der Luft von der Ethik durchdrungen“ sein. Derartiges kann man aber nur behaupten, wenn man von einem unklaren Begriff sowohl der „Ethik“ wie des „Rechts“ ausgeht. Man begegnet freilich bisweilen einem Sprachgebrauch, der unter „Ethik“ alles Denken zusammenfaßt, das sich darauf bezieht, „wie sich Menschen verhalten sollen“. Dann freilich mag man auch das Recht in die Ethik hineinstellen. Aber dieser Begriff von

subjekt: einen empirischen Menschenverband, und die von ihm aufzurichtende Lebensordnung nicht loskommt. Die sittliche Norm weiß von einem solchen besonderen Subjekt nichts, ihr Gesetzgeber ist die praktische Vernunft, unmittelbar das Tun und Lassen der Menschen regelnd, hier gebietend, dort verbietend, darüber hinaus freistellend. Ergreift so die Ethik das gesamte menschliche Verhalten, so ist eine besondere Rechtswertphilosophie nur unter einer doppelten Voraussetzung möglich: daß nämlich auch solche Ordnungen, die im Namen eines Menschenverbandes als dessen „Wille“ für das menschliche Verhalten aufgerichtet werden, trotz der überempirischen Geltung des Komplexes der sittlichen Normen immerhin gleichfalls berechtigt sind; und daß zweitens die beiden Ordnungen nicht inhaltlich kongruent sind. Wollte der Rechtsphilosoph auf die Frage: wie soll eine irdische Rechtsordnung beschaffen sein, die Antwort geben: genau so wie die sittliche Ordnung, so würde er die Rechtsphilosophie aus den Angeln heben. Die Ethik mag in ihrem Bereiche nach dem Inhalt der sittlichen Normen forschen und, indem sie jenseits des pflichtgebundenen Verhaltens einen Verhaltensbereich anerkennt, in dem die natürlichen Strömungen keiner sittlichen Beanstandung unterliegen, der Tugendlehre eine „Rechtslehre“ („Naturrecht“) gegenüberstellen. Aber diese ethische Rechtslehre liegt außerhalb und

Ethik ist wertlos. Denn eine inhaltliche Antwort auf die Frage, wie denn das gesollte Verhalten beschaffen sei, ist überhaupt nicht möglich. Sobald man von der bloßen Wertbezogenheit zur Wertbejahung (und -verneinung) vorschreiten will, stößt man sofort auf die Notwendigkeit, vorerst die Autoritäten zu sondern, deren Normierungen festgestellt werden sollen; und als „ethische Normen“ heben sich dabei lediglich diejenigen heraus, die apriorisch gültig sind als Ableitungen von der praktischen Vernunft als einer überempirischen Instanz. Die ethischen Normen können inhaltlich mit Rechtsnormen als den Normen eines Menschenverbandes übereinstimmen, aber sie können ihnen inhaltlich auch diametral entgegengesetzt sein. Niemals liefern uns ethische Erwägungen als solche ein Argument dafür, daß dies oder jenes Verhalten rechtlich normiert sei, wie umgekehrt niemals ein Verhalten um deswillen, weil es rechtlich normiert ist, „sittlich“ ist. Wie immer die Ethik die Grenzlinien zwischen „gut“ und „böse“ zieht, immer hat sich die Rechtswissenschaft mit der Aufzeigung zu begnügen, daß einem Menschenverbände diese oder jene Regelung beliebt hat. Und mehr noch: nicht bloß Recht und Rechtswissenschaft haben mit ethischer Wertbejahung und -verneinung nichts zu tun, sondern auch die Rechtsphilosophie, soweit sie Rechtserkenntnislehre ist, bleibt von ethischen Erwägungen unberührt. Erst die Rechtswertphilosophie rollt ein ethisches Problem auf, nämlich: ob irdische Machthaber sich sittlicherweise unterfangen dürfen, ihrerseits Vorschriften zu erlassen, und wenn ja, wie sie sich von Sittlichkeit wegen dabei zu verhalten haben.

oberhalb der Rechtsphilosophie. Sie schaltet einesteils die menschlichen Verbände als ordnende Subjekte aus, und sie bezieht sich anderenteils auf das Verhalten der einzelnen, wie immer es beschaffen sei. Die Rechtsphilosophie fragt dagegen nicht danach, wie sich die einzelnen in allen Lebenslagen sittlicherweise verhalten sollen, sondern greift nur eine Art menschlichen Verhaltens heraus, nämlich das Aufstellen von Vorschriften, also die Tätigkeit, bei der Menschen in Konkurrenz treten mit dem überempirischen Subjekt der sittlichen Normen; und sie wird folgeweise nur praktisch für Menschen, die imstande sind, die im Namen eines Verbandes aufzurichtenden Normierungen zu beeinflussen. Sie fragt nicht danach, wie sich „die Menschen“ benehmen sollen oder dürfen, nicht nach ihren sittlichen Pflichten und Rechten, sondern danach, wie sich jemand im Erlaß von Vorschriften für menschliches Sozialverhalten benehmen soll, nach den sittlichen Pflichten und Rechten des irdischen Rechtsorders, wenn er den Menschen selbständig Pflichten und Rechte (Rechtspflichten und Rechtsrechte) auferlegt. Insofern bildet also die Rechtsphilosophie ein Spezialkapitel innerhalb der Ethik; cum grano salis gesagt: sie betrifft die Ethik des Befehlens in seiner besonderen Erscheinung als Schaffung einer Rechtsordnung. Nicht das bildet den Gegenstand rechtsphilosophischen Nachdenkens, wie alle Menschen sein sollen, um gut zu sein, sondern wie ein irdischer Machthaber das gesellschaftliche Leben regeln soll, um selber gut zu sein.

Nach allen diesen Erörterungen muß jene bizarre Auffassung, daß die Rechtswissenschaft, wie sie nun einmal getrieben wird, eine „Rechtswissenschaft ohne Recht“ sei (Leonhard Nelson), als völlig verfehlt zurückgewiesen werden. Ja, es würde sogar eine Rechtsphilosophie, die sich nicht auf menschliche Verbände als Rechtsordnungssubjekt bezöge, sondern das menschliche Tun und Treiben an der Hand eines absoluten Prinzips der Wertung daraufhin unterzöge, ob es „recht“ sei oder nicht, eine „Rechtsphilosophie ohne Recht“ sein! „Das Recht“ ist eben, wie jeder Jurist weiß, nicht = das sittliche Rechte. Dem Philosophen als Lehrer der Ethik bleibt unbenommen, gewisse rechtliche Regelungen als widersittlich zu brandmarken oder sogar alles irdische Recht als unsittlichen Eingriff in die sittliche Normenwelt abzulehnen. Aber was er nicht kann, das ist das Dasein des Rechts so, wie es als Ergebnis der Juristenarbeit vor uns steht, zu leugnen. Das Recht bleibt in seinem Bestande von den ethischen Werturteilen, die über es gefällt werden, genau so

unberührt, wie der von A dem B erteilte Befehl trotz unsittlichen Inhalts eben doch ein Befehl des A bleibt ⁸⁾).

Wenn der Rechtsphilosoph so die sittlichen Maßstäbe aufsucht, an die sich der irdische Machthaber bei Schaffung der Rechtsnormen halten soll, wird er dabei den allgemeinen Grundgedanken der Ethik festzuhalten haben, daß das natürliche egoistische Sichauswirken des Menschen zwar nicht sittlich, doch aber nicht in vollem Umfang widersittlich ist, daß vielmehr zwischen solchen natürlichen Strebungen, gegen die die sittliche Norm Einspruch einlegt, und solchen, die sie unbeanstandet läßt, zu scheiden ist. Für die Ethik der rechtlichen Normierung sozialen Verhaltens kann nichts anderes gelten. Der Rechtsphilosoph, der über das im Namen eines menschlichen Verbandes aufzurichtende „richtige“ Recht nachdenkt, wird deshalb zunächst das Bild einer Ordnung entwerfen, die auf dem Nutzen eben dieses Verbandes zugeschnitten ist. Eine solche Ordnung aufzurichten ist das „natürliche Recht“ dieses Verbandes. Nur wird dann die ethische Kritik einsetzen, um solche Regelungsinhalte als unzulässig wegzustreichen, die, so sehr sie auch dem „Natürlichen“ entsprechen, vom sittlichen Standpunkte aus einen Machtmißbrauch bedeuten würden.

II.

Daß das Recht begrifflich nur eine solche Ordnung sozialen Lebens ist, die sich als Prädikat eines Menschenverbandes als des Rechtsordnungssubjekts darstellt, ist aber nicht bloß für die Abgrenzung der Rechtsphilosophie nach außen, sondern auch für die internrechtsphilosophische Erkenntnis von grundlegender Bedeutung.

1. Der Jurist zählt mehrere Rechtsordnungen und schreibt einer jeden eine besondere Individualität zu. Wie ist das möglich?

Solange das Recht begrifflich als „Ordnung sozialen Lebens“ schlechthin erfaßt wird, könnte eine Zählung und Individuali-

⁸⁾ Maggiore läßt seine Erörterungen dahin ausklingen: In spekulativer Hinsicht scheide sich die Ethik vom Recht (ich füge ein: nur) wie der Willensakt vom Gewollten, wie die Gesetzgebung vom Gesetz, wie das geistige Geschehen von Faktum, wie das formierende Bewußtsein zur geformten Norm. Danach würde der spekulierende Philosoph das Feld allein beherrschen als der alleinige Rechtslehrer. Für einen irdischen Rechtsordner und für die Rechtswissenschaft bliebe gar nichts übrig; sie hätten abzudanken, und was sie bisher geleistet hätten, wäre Schall und Rauch. Gegen solche „Rechtsphilosophie“ muß ich ein bestimmtes Veto einlegen. Sie ist es, die die Schuld daran trägt, daß es Zeiten gegeben hat, in denen die Juristen für die Rechtsphilosophie nur Hohn und Spott übrig hatten, und auch heute noch öfter juristischerseits ärgstes Mißtrauen gegen die Rechtsphilosophie begegnet.

sierung nur auf den Inhalt der rechtlichen Regelungen bezogen werden. Übereinstimmender Normierungsgehalt würde ein Recht, auseinandergehender mehrere Rechte ergeben. Aber das ist es nicht, was der Jurist meint, wenn er von „diesem“ oder „jenem“ Recht spricht; er kennt auch eine Mehrheit von verschiedenen Rechten mit inhaltlicher Kongruenz.

Erst dadurch bekommt die juristische Zählung und Sonderung der Rechte Hand und Fuß, daß das Recht begrifflich als eine von einem Verbande ausgehende Lebensordnung erfaßt wird. Denn nunmehr gibt es so viel Rechte, wie es menschliche Verbände als Ordnungssubjekte gibt: Recht der Kirche, Rechte der verschiedenen Staaten, Recht des Staatenverbandes usw.

Es ist gewiß, daß die Scheidung von Rechtsordnungen je nach ihrem Ursprung, ihrer Bezogenheit auf dieses oder jenes Ordnungssubjekt, diese Pluralität der Rechte, geschichtlich erst allmählich ins Licht des Bewußtseins getreten ist. Anfänglich hatte man das Recht ja nicht einmal als eine Ordnung sui generis gegenüber der religiösen, der moralischen Ordnung usw. erkannt. Und jahrhundertlang stellte man sich mehr oder weniger „das Recht“ als ein einheitliches Ganzes mit einheitlichem Inhalt vor; man kümmerte sich nicht um die Quellen der Normierung. Regelungsinhalte, die einem gefielen, erachtete man für Regelungen „des Rechts“, auch wenn sie fremden Gesetzbüchern entnommen waren; „Vernunftrecht“ war ohne weiteres „Recht“. Aber über diese Zeiten sind wir hinweg. Der Jurist kann keine einzige quaestio juris beantworten, wenn ihm nicht gesagt wird, nach welchem Recht er sie beantworten soll; und wenn er sie beantwortet, so muß er auch darüber Rede und Antwort stehen können, wieso er dazu kommt, den von ihm behaupteten Rechtsatz gerade als einen Satz dieses Rechts zu behaupten. Ohne Relationszusammenhang eines bestimmten Normierungsinhalts mit einem bestimmten Ordnungssubjekt, und zwar einem menschlichen Verbande, gibt es für den Juristen kein Recht. Ohne die Vorstellung einer Pluralität der Rechte und einer durch ihren Ursprung charakterisierten Individualität jedes der mehreren Rechte würde der Rechtswissenschaft ihr Forschungsgegenstand fehlen.

2. Die begriffliche Unabtrennbarkeit der Rechtsordnung von ihrem Subjekt eröffnet auch den Zugang zum Verständnis der Lehre von den „Rechtsquellen“. Man versteht darunter gewisse Stücke der zeitlich-geschichtlichen Wirklichkeit, durch die das Recht „entsteht“. Beraubt man den Begriff des Rechts seiner Beziehung zu einem empirischen Subjekt, das es schafft, so bleibt unklar, wie die Rechtswissenschaft dazu kommen soll, sich

für Gesetzgebung, Gewohnheit usw. zu interessieren. Denn das transzendente Gebilde „Ordnung sozialen Lebens“ „entsteht“ nicht, sondern wird nur gedacht. Und wenn die Rechtswissenschaft nichts von „Rechtsquellen“ wüßte, so wäre auch eine rechtsphilosophische Rechtsquellenlehre nicht denkbar.

Wird dagegen das Recht als Prädikat eines menschlichen Verbandes erfaßt, so ist sofort das Problem gegeben: wie man dazu komme, bestimmte Normierungsinhalte diesem oder jenem Verbands als dem Subjekt der Ordnung zuzuschreiben. Damit befindet man sich sofort im Bereich der rechtsphilosophischen Rechtsquellenlehre; und wenn die Rechtsphilosophie geklärt hat, was es überhaupt bedeutet, Regelungsinhalte einem Verbands als die seinigen zuzuschreiben, so faßt nunmehr der Jurist die Rechtsquellen der Rechtsordnung „dieses“ oder jenes individuellen Verbandes ins Auge und gelangt so zur Aufzeichnung des durch sie bedingten Ordnungsinhalts. Der enge begriffliche Zusammenhang des Rechtsinhalts mit einem bestimmten Verbands als dem Rechtsordnungssubjekt wirft auch Licht auf die Frage, welchen Anteil Gesetz und Gewohnheit am Recht haben und auf das Problem der Ausfüllung der Lücken des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts. Das Gesetzesrecht kann der Jurist nur so als „Recht“ begreifen, daß er die gesetzgebenden Menschen als Repräsentanten der in dem betreffenden Verbands führenden Kulturschicht erfaßt. Entsprechend muß bei dem Gewohnheitsrecht die „Übung“ als eine im Namen des Verbandes, autoritativ, geschehende aufgefaßt werden, um in den Rechtsbegriff einzugehen; ein rein „gesellschaftliches“ Recht (Ehrlich), ein Recht, das als bloße Summe der Übung einzelner aufgefaßt würde, ohne auf die führende Schicht (dieselbe wie hinsichtlich des Gesetzesrechts) als waltende Autorität zurückgeführt zu werden, kann es nicht geben — derartige Bräuche könnten nur „Sitten“ im Verbands, nicht Recht „des“ Verbandes sein.

Normierungsinhalte endlich, die weder ganz (Gesetz) noch halb (Gewohnheit) geförmelt auftreten, können nicht einfach nach Belieben in die Rechtsordnung hineingeschoben werden. Auch bei der „Lückenergänzung“ darf niemals der Nachweis fehlen, daß dieser Verband hinter diesem oder jenem Normierungsinhalt als Rechtsordnungssubjekt steht. Auch die Lückenergänzung ist für den Juristen Erkenntnissache, nicht Willenssache; und auch bei ihr bleibt er an empirisch bestehende Wertungen gebunden, die sich als Wertungen von seiten gerade dieses Verbandes charakterisieren. Aber solche empirische Wertungen gibt es nun in der Tat auch jenseits des Bereichs der gesetzlichen und der

gewohnheitsrechtlichen Förmelungen in Gestalt der Wertungsvorstellungen, die bei der führenden Schicht des Verbandes herrschen. Sie sind es, auf die in Ermangelung von Gesetz und Gewohnheit zurückzugehen ist.

3. Eine immer noch nicht zur Ruhe gekommene Frage ist die Frage nach der „Priorität von Recht oder Staat“. Sie löst sich ohne weiteres im Sinne der Priorität des Staates (oder, wie man erweiternd hinzufügen muß, eines sonstigen menschlichen Verbandes, der eine tatsächliche Rolle spielt). „Recht“ ist lediglich Funktion eines Verbandes; ohne einen solchen als das ordnende Subjekt sind Inhalte von Rechtssätzen undenkbar. Recht ohne einen Verband, zu dem es gehört, wäre ein inhaltlich völlig unbestimmbares Gebilde.

Man wende nicht ein, daß ein „Verband“ (eine Gemeinschaft, organisierte Menschengruppe) im Gegensatz zur bloßen „Gesellschaft“ ja schon ein Stück geordneten sozialen Lebens sei; daß „Ordnung sozialen Lebens“ gerade die Aufgabe des Rechts sei, und man damit bei der Vorstellung des Verbandes das ihn zu einem solchen machende Recht logisch voraussetze. Das erstere ist richtig, das letztere nicht. Richtig ist, daß sich „Verbände“ aus dem gesellschaftlichen Leben dadurch herausheben, daß Einzelne zu einem Ganzen geordnet werden. Unrichtig aber die Annahme, daß jede Ordnung sozialen Lebens eine „Rechts“-Ordnung sein müsse. Im Sinne der Rechtswissenschaft und der Rechtsphilosophie interessiert der Zusammenschluß der mehreren zu einem „Verbande“ lediglich als historisch gegebene Tatsache. Ob er sich in einem den Verbandsgenossen unbewußt gebliebenen natürlichen Zusammenwachsen vollzogen hat, oder ob er auf einem Gewaltakt beruht, oder ob er in Aufschau zu der ethischen Idee des „Rechten“ vor sich gegangen ist, ist belanglos. Und würde ein Verband dadurch entstanden sein, daß ein anderer schon bestehender Verband ihn durch seine Rechtsordnung ins Leben gerufen hätte, so würde die dem neuen Verbande eigene Rechtsordnung nicht deshalb „Recht“ sein, weil sich seine Entstehung gemäß dem Recht des alten Verbandes vollzogen hat, sondern einfach deshalb, weil er nun einmal da ist.

Die funktionelle Abhängigkeit, in der jedes Recht zu einem Verbande steht, zeigt zugleich auch die Unrichtigkeit der Auffassung, daß der Verband und sein Recht identisch seien. Der Verband ist eine soziale Tatsächlichkeit, sein Recht ein ihm prädikativ angeheftetes Sinngefüge. Sie sind voreinander ebenso verschieden, wie der Mensch und seine funktionelle Auswirkung verschieden sind.

Aber auch die Frage nach der „Rechtssubjektivität“ („Persönlichkeit“) des Staates löst sich nunmehr leicht. Während der Staat (und jeder andere Verband) als Rechtsordnungssubjekt logisches prius vor seinem Recht ist, ist der Staat als Rechtssubjekt logisches posterius hinter seinem Recht. Der Staat erschafft sich nicht erst selbst kraft seiner Rechtsordnung, aber ob und inwieweit er sich als Rechtsgenossen — also als „Rechtssubjekt“ — in das geregelte Leben hineinstellt, das bestimmt er durch seine Rechtsordnung. Deshalb ist eine logische Notwendigkeit dafür, daß der Staat „Rechtssubjekt“ sein müsse, durchaus in Abrede zu stellen. Und tatsächlich hat der „Patrimonialstaat“ bekanntlich eine Rechtssubjektivität nur dem Fürsten, nicht dem Staate, zugesprochen, während doch auch er „Rechtsordnungssubjekt“ war. „Rechtsordnungssubjekt“ und „Rechtssubjekt“ sind scharf auseinanderzuhalten⁹⁾.

⁹⁾ Binder, Philos. des Rechts S. 640, meint, solche Scheidung sei wo' nur auf Grund einer individualistischen Staatsauffassung denkbar, die eine ursprüngliche Persönlichkeit nur der menschlichen Individuen kenne. Demgegenüber bemerke ich: „Persönlichkeit, Rechtssubjektivität“ ist ein juristischer Bedeutungsbegriff. Welche Wesen Persönlichkeit haben, ist eine Frage, die immer nur aus dem Inhalt einer bestimmten Rechtsordnung heraus beantwortet werden kann. Eine „ursprüngliche“ Persönlichkeit, also eine solche, die unter Beiseitelassung des Inhalts der Rechtsordnungen bejaht werden könnte, kenne ich überhaupt nicht. Weder dem Individuum, noch dem Staate, noch sonst irgendwelchen Gebilden kommt Rechtssubjektseigenschaft zu, wenn nicht und soweit nicht diejenige Rechtsordnung, von der die Rede ist, sie ihnen gibt. Den Menschen „natürliche Person“ zu nennen und ihm die „juristischen Personen“ gegenüberzustellen, ist schief; die in der Natur vorkommende Einheit „Mensch“ ist nicht deshalb „Person“ im Rechtssinne, weil sie in der Natur eine Einheit ist; alle Persönlichkeit ist juristische Persönlichkeit. Mit der Art und Weise, wie man sich sozialphilosophisch den Verband als entstanden denkt, hat dieser echte Persönlichkeitsbegriff gar nichts zu tun. Wenn man hier — individualistisch — die Individuen als die „Persönlichkeiten“ bezeichnet, deren Vertrag den Staat hervorrufe, oder — im Sinne der organischen Theorien — dem Ganzen eine von den Gliedern unabhängige „Persönlichkeit“ zuschreibt, so meint man mit „Persönlichkeit“ etwas ganz anderes: die Subjektivität (als Werteinheit) schlechthin, nicht die ja erst durch das — im Umkreise solcher Erörterungen noch gar nicht als entstanden gedachte — Recht bestimmte Rechtssubjektivität. Jede Rechtsordnung, man möge den ihr Ordnungssubjekt darstellenden Verband als durch Vertrag oder als organisch zustandegekommen denken, kann die Aufteilung der Lebensgüter so vollziehen, daß die Einzelnen und das Ganze als Rechtssubjekte ihre Anteile haben, keine Rechtsordnung muß notwendig alle Rechte den Einzelnen oder umgekehrt alles Recht dem Ganzen zuweisen. Es wäre sogar denkbar, daß der erste Paragraph des „Staatsvertrages“ lautete, daß die Einzelnen keinerlei Rechte haben sollen, und umgekehrt das organische Staatswesen sich selbst nur als Normensetzer betätigte, die subjektiven Rechte aber an die Individuen

4. Aus der logischen Überordnung des Verbandes als des Rechtsordnungssubjekts über seine Rechtsordnung erschließt sich ferner die formale Struktur der Rechtssätze¹⁰⁾.

Der Verband kann nicht anders gedacht werden, als als Autorität, als Machthaber, der Inhalt des Rechts als der Inhalt seines Willens. Den Gegenstand, auf den sich der autoritative Wille bezieht, ist das soziale Leben. Alles Recht ist somit imperativischer Natur. Das bedeutet freilich nicht, daß — im Sinne der sog. „Imperiventheorie“ — das Recht den „Imperativ“ als einzige Rechtssatzform kennt, daß es sich aus einer mehr oder weniger großen Zahl von Imperativen zusammensetzte. Ein Imperativ ist eine Aufforderung an Menschenseelen. Ein nur aus Imperativen bestehender Normenkomplex wäre nur eine Ordnung menschlichen Innenlebens. Aber den Gegenstand der rechtlichen Regelung bildet gerade das äußere Zusammenleben der Menschen. Nur deshalb, weil das Recht diese Ordnung lediglich auf dem Wege der Motivation erzielen kann, muß es imperativisch sein: das Befehlen ist bloßes Mittel zum Zweck. Daraus ergibt sich, daß die Rechtsordnung primär eine Güterordnung ist, ein Normenkomplex, der die Gegebenheiten des sozialen Daseins mit positiven oder negativen Wertvorzeichen versieht und so festlegt, was sein soll und nicht sein soll. Erst sekundär gesellt sich ein umfassender Imperativ hinzu, der auf alle jene Normierungen zu achten befiehlt.

In dem primären Bestande an Rechtssätzen finden namentlich alle diejenigen Normierungen Platz, die den Verband in bestimmter Weise organisieren. So sehr es richtig ist, daß jeder Verband logisch schon vor seinem Recht „organisiert“ ist — sonst wäre er kein „Verband“ —, so sehr wird doch jede Verfassung zu einem Bestandteil der Rechtsordnung des Verbandes erst dadurch, daß, und nur insoweit als sie nach den Vorstellungen der tonangebenden Schicht des Verbandes als eine von dem Verbands ausgehende Selbstorganisation erscheint. Deshalb wäre es z. B. auch denkbar, daß der erste Rechtsordnungsschritt eines Verbandes darin bestünde, daß er sich von der „mitgebrachten“ Organisation, etwa einer lediglich „sitte“mäßig hervorgewachsenen, emanzipiert und sich in veränderter Weise organisiert. Auf der anderen Seite erschöpft sich der Inhalt der primären

knüpfte. Richtig ist nur, daß das erstere den Individuen gegenüber ein Wegnehmen von Macht (nicht: von Rechten!), das letztere ein Beschenken mit Macht (in Form subjektiver Rechte) bedeuten würde.

¹⁰⁾ Vgl. hierzu auch meine Ausführungen in Krit. VJSchr. 3. Folge 20 344. 21 71.

rechtlichen Güterordnung natürlich nicht in bloßen Organisationsnormen. Die Annahme, daß das Recht nur Innenorganisation des Verbandes sein könne, ist sichtlich unzutreffend, schon deshalb, weil keine apriorische Notwendigkeit besteht, den Inhalt der Normierungen auf die Verbandsmitglieder und deren soziales Leben innerhalb des Verbandes zu beschränken (wie denn auch tatsächlich die staatlichen Rechte häufig genug die Betätigung von Staatsfremden im Ausland zum Regelungsgegenstande machen).

Wie aber immer auch der Inhalt der primären Rechtssätze sei, bejahend oder verneinend, gebend oder bindend, immer tritt hinzu der Imperativ, der unter Bezugnahme auf jene primären Rechtssätze den menschlichen Entschlüssen die Wege weist. Durch jene wird bestimmt, wie das soziale Dasein selber beschaffen sein soll; durch den Imperativ wird die Entschließung der Menschen gebunden.

Einen anderen als einen — in diesem Sinn verstanden — imperativischen Charakter kann aber die Rechtsordnung nicht haben. Insbesondere wären „Versprechensnormen“ (Somló), als Rechtssätze, die ein Versprechen des Rechtsordnungssubjekts bedeuten, keine Rechtsnormen. Das Rechtsordnungssubjekt kann sich durch seine Rechtsnormen nicht selbst zum Untertanen machen und dadurch einem Versprechensempfänger eine ihm übergeordnete rechtliche Stellung geben. Was der Verband kann, das ist, daß er sich kraft seiner Rechtsordnung als Rechtssubjekt in das soziale Leben hineinstellt und diesem Rechtssubjekt Pflichten gegenüber andern Rechtssubjekten auferlegt. Damit verspricht aber das Rechtsordnungssubjekt seinen Untertanen gar nichts; denn es behält für jede rechtliche Regelung freie Hand zu Änderungen; die subjektiven Rechte, die jemand gegen den Verband in seiner Eigenschaft als Rechtssubjekt hat, sind in keinem höheren Maße garantiert, als alle übrigen subjektiven Rechte. Der Verband als Rechtssubjekt kann freilich von sich aus seine Pflichten nicht abschütteln; aber das Rechtsordnungssubjekt kann ihn durch Änderung des Inhalts der Rechtsordnung von seinen Pflichten befreien.

Einen besonderen Rechtssatztypus hat man in den „rechtssatzaufhebenden Rechtssätzen“ finden wollen. Auch hier verhilft uns die exakte Erfassung des Begriffs des Rechts als einer von einem Rechtsordnungssubjekt ausgehenden Ordnung sozialen Lebens zur Klarheit. In jeder sogenannten Rechtssatzaufhebung liegt eine Normierung einer Gegebenheit des sozialen Lebens. Lautete z. B. ein Paragraph x dahin, daß Geschwister ein Pflichtteilsrecht am Nachlaß haben, und ergeht ein Gesetz des Inhalts: „Paragraph x

wird aufgehoben“, so hat damit die Rechtsstellung des Testaments-
erben eine Neunormierung erfahren. Diese Normierung ist ein
Rechtssatz von gewöhnlicher Struktur; nur sein Inhalt ist, ver-
glichen mit dem Inhalt des vorherigen Rechtssatzes, ein anderer.
Daß das Rechtsordnungssubjekt jetzt eine Normierung anderen In-
halts getroffen hat als bisher, ist eine reine Tatsache. Einen
Rechtssatz stellt die Aufhebung des früheren Gesetzes als solche
nicht dar. Eine Regelung sozialen Lebens liegt d a r i n nicht, denn
weder ist das eigene frühere Verhalten des Rechtsordnungs-
subjekts ein Stück des „sozialen Lebens“, das die Rechtsordnung
regelt, noch enthält die Gesetzaufhebung eine „Normierung“
dieses eigenen früheren Verhaltens des Rechtsordnungssubjekts.
Die Aussage des Juristen, daß „ein Rechtssatz aufgehoben worden
sei“, konstatiert nur die tatsächliche Ablösung eines Rechtssatzes
durch einen solchen gegenteiligen Inhalts, aber nicht das Vor-
handensein eines Rechtssatzes, der die Aufhebung verfügt. Damit
wird auch begreiflich, daß an Stelle des Gesetzesparagraphen
„Paragraph x wird aufgehoben“ ein lediglich die neue gegen früher
gegensätzliche Normierung aussprechendes Gesetz stehen kann,
ohne daß sich juristisch etwas änderte. Daß die Rechtssatzauf-
hebung nicht den Inhalt eines eigenen Rechtssatzes bildet, tritt
vollends beim Gewohnheitsrecht deutlich hervor: die neue Übung
(consuetudo in contrarium) enthält in sich lediglich die sachliche
Neunormierung der zuvor rechtlich anders bewerteten Lebens-
angelegenheit. Kraft ihrer vollzieht sich die Rechtsaufhebung von
selbst; eine besondere Gewohnheit, die inhaltlich auf Lossagung
von dem früheren Rechtssatz als solchen gerichtet wäre, ist in
der Regel nicht vorhanden und immer entbehrlich.

5. Da es kein Recht ohne Rechtsordnungssubjekt = ohne
einen hinter ihm stehenden menschlichen Verband gibt, so be-
stimmt sich auch der Begriff der Rechtswidrigkeit ganz
eindeutig. „Rechtswidrig“ kann nichts anderes bedeuten, als den
Widerstreit einesteils der Gegebenheiten des gesellschaftlichen
Lebens mit den in diesem oder jenem Verbande maßgeblichen
Wertungen (objektives Unrecht) und anderenteils der mensch-
lichen Entschlüsse gegenüber dem zu jenen Wertungen zu-
gehörigen Imperativ (Entschlußunrecht). Jenseits dieses Begriffs
der Rechtswidrigkeit tut sich die Frage auf, welche Gegeben-
heiten des Lebens bzw. welche Entschlüsse im Sinne dieser
oder jener Rechtsordnung rechtswidrig sind; dies zu klären ist
Juristensache. Und wenn der Rechtsphilosoph, sich von
den Wertungen des positiven Rechts loslösend, nach solchen
Wertungen sucht, die einer Rechtsordnung ge z i e m e n, so bleibt

der Begriff der Rechtswidrigkeit derselbe: auch er spricht von dem Verhältnis des Widerstreits gegenüber den einem Rechtsordnungssubjekt zuzuschreibenden Normierungen und dem zugehörigen Imperativ, nur daß er hinsichtlich der Bestimmung, was rechtswidrig sein soll, seine eigenen Wege wandelt.

Es wird heute öfter von „materieller Rechtswidrigkeit“ gesprochen, die der „formellen“ entgegengesetzt wird. Diese Ausdrucksweise ist Quelle vielfältiger Unklarheit. Sie täuscht zwei verschiedene Rechtswidrigkeitsbegriffe vor: als könne es etwas geben, was zwar formell, aber nicht auch materiell rechtswidrig sei und umgekehrt. Und wann soll es dann auf den einen, wann auf den andern Rechtswidrigkeitsbegriff ankommen? Unvermerkt schleicht sich namentlich unter dem Namen „materielle Rechtswidrigkeit“ die rein rechtswertphilosophische Betrachtung in das Gebiet der juristischen Erkenntnisaufgabe ein, wohin sie nicht gehört. Und noch abwegiger ist es, ein Verhalten, das rein vom Standpunkte der Ethik aus unrecht ist, das „sittliche Unrecht“, als „materielle Rechtswidrigkeit“ auszugeben und den Inhalt positiven Rechts danach zu bestimmen, da doch das letztere in nichts anderem besteht als in dem „Willen“ des empirischen Verbandes, und die in diesem tonangebende Schicht in ihrer Denkweise von dem sittlichen Ideal möglicherweise sehr entfernt sein kann.

6. Wenn das Recht nur soweit reicht, als ein empirischer Verband das soziale Leben tatsächlich einer Ordnung unterstellt hat, so bedarf der Umfang, in dem dies geschehen ist, für jedes Recht der besonderen Feststellung. Es ist nicht a priori ausgemachte Sache, daß jedes Recht das g a n z e soziale Leben, wäre es selbst innerhalb eines zeitlich und geographisch umzirkten Rahmens, vollständig seinem Bann unterworfen habe. Alles Recht entstammt der menschlichen Psyche. Und wie sich der Einzelmensch durchaus nicht, ohne weiteres für alles, was um ihn herum vorgeht, derart interessiert, daß er sich unterfinge, Wertmaßstäbe dafür aufzustellen, wie er vielmehr bald einmal gegen das „So oder so“ gleichgültig ist, bald sich nicht die nötigen Kenntnisse zutraut, um autoritativ aufzutreten, bald einmal auf das Eingreifen anderer bestimmender Faktoren rechnet usw., so kann auch von der in einem Menschenverbande führenden Schicht nicht einfach behauptet werden, daß sie „begrifflich notwendig“ für alles soziale Geschehen Normierungen aufstellen oder aufgestellt haben müsse. Ob es sich vom Standpunkte der Rechtswertbetrachtung aus für jedes Recht geziemt, „vollständig“ zu sein, ist eine Frage für sich. Das Recht, wie es ist, ist möglicherweise nicht so anspruchsvoll.

Es kann sehr wohl im Sinne einer Rechtsordnung einen „rechts-leeren Raum“ geben: einen Umkreis von Lebensvorkommnissen, denen sie völlig neutral, indifferent, ohne positive oder negative Bewertung, gegenübersteht, und für die im Sinne dieses Rechts eine rechtliche Regelung nicht getroffen ist.

III.

Es wird sich nicht leugnen lassen, daß sich die Aufgaben der Rechtsphilosophie in viel schärferen Konturen abzeichnen, wenn man einen empirischen Menschenverband als das Rechtsordnungssubjekt und dieses Rechtsordnungssubjekt als notwendiges Merkmal im Begriffe des Rechts begreift, als wenn man sich unter Rechtsphilosophie alles Nachdenken über das irgendwie für menschliches Verhalten „Richtunggebende“ vorstellt. Alle Rechtsphilosophie, so verstanden, ist Philosophie des positiven Rechts: sie arbeitet als Rechtserkenntnislehre der rechtswissenschaftlichen, dem positiven Recht zugewandten Arbeit vor und rückt dann als Rechtswertlehre das positive Recht nach Existenz und Inhalt in den Bereich der Wertbetrachtung. Damit muß die Rechtsphilosophie namentlich Abschied nehmen von jener Naturrechtsdoktrin, die sich angelegen sein läßt, die „allgemeingültigen, ewigen, natürlichen Rechte der Menschen“ herauszuarbeiten. Wenn es solche „natürlichen Rechte“ gibt, so sind dies lediglich solche Strebungen und Möglichkeiten, gegen die vom sittlichen Standpunkt aus kein Einwand besteht: es ist die Ethik und nicht die Rechtsphilosophie, die hier das Wort hat. Nur ein Kapitel des Naturrechts kann in die Rechtsphilosophie eingehen: das Nachdenken darüber, ob es für eine organisierte Menschengruppe ein „natürliches Recht“ zur Aufrichtung einer selbsteigenen Ordnung sozialen Lebens gibt, und welchen Inhalts es natürlicherweise, d. h. ohne Verstoß gegen ethische Grundsätze sein darf.

Aber auf der anderen Seite darf die Philosophie des positiven Rechts nicht dahin mißverstanden werden, als sei sie eine „positivistische Rechtsphilosophie“. Das Recht ist freilich ein Stück der (Kultur-) Wirklichkeit, eine massenpsychologische Tatsächlichkeit; nur darum ist alle Rechtswissenschaft erfahrungswissenschaftlich, nicht apriorisch. Die Rechtsphilosophie dagegen sucht die Prinzipien für die Erkenntnis jenes „positiven“ Gebildes — des Rechts — und die Prinzipien für seine Bewertung auf und damit tritt sie heraus aus dem Empirischen in das Apriorische. Deshalb bleibt schließlich die

Rechtsphilosophie unbeschadet ihrer Beziehung zum positiven Recht auch durchaus geschieden von der Rechtssoziologie. Sie überläßt es dieser, in empiristischer Denkart das gesellschaftliche Leben, wie es ist, klarzustellen, die Krystallisationsvorgänge zu beobachten, vermöge deren sich innerhalb seiner menschliche Gruppen bilden, und den kausalen Gesetzmäßigkeiten nachzugehen, in die die positiven Rechtsbildungen und mit ihnen die Rechtsordnungssubjekte als Ursachen und Wirkungen eingehen, — sie selbst aber, die Rechtsphilosophie, bemüht sich nicht um Aufdeckung von Tatsachen und Geschehensregeln und wahrt durchweg den Charakter der Philosophie als einer Lehre, die für Erkenntnis und Wertsetzung Ziele und Wege weist.

Begriff des Wertes und soziale Anpassung.

(Schluß.)

Von

Dr. Pontes de Miranda.

Mit dem einfachen Ausdruck „Sozius“ wird in einer unvollkommenen Weise das bezeichnet, was das Wort, ethymologisch genommen, eigentlich bedeutet; dasselbe ist auch bei anderen der Fall — z. B. bei dem Worte „Eigentümer“, weil ihm, selbst wenn es sich auf alle juristischen Verhältnisse des Besitzes erstreckt, noch viel daran fehlt, um den Miteigentümer zu bestimmen. Und so stark ist das Bedürfnis nach einer Charakterisierung der Abhängigkeit, des gegenseitigen Verhältnisses, daß das Wort „Sozius“ selbst, in welchem der Begriff eines sozialen Bandes enthalten ist, sich dem Mit entgegenstellt. In dem Menschen ist ein solcher Begriff nicht vorhanden; er bildet eine Definition des Individuums, und doch tritt nur selten der Fall ein, daß man von ihm unter Verhältnissen reden kann, welche die Vorsilbe entbehrlich machen würden. Im Deutschen gebrauchen einige Philosophen den Ausdruck *Mitmensch*, „der Nächste“, und der genau bestimmte Wert der Diktion läßt sich nicht abstreiten.

Das Leben eines jeden Individuums wird durch unzählige anpassende Prozesse sichergestellt, die in tausendfältiger Weise von dem Stamme, von der Rasse, von der Nation und von der Menschheit aufgespeichert wurden; überaus geringfügig und selten ist der Beitrag eines jeden einzelnen; von den ersten Vorsichtsmaßnahmen der Hygiene während der Schwangerschaft und Geburt an bis zu den anfänglichen Versuchen des Kindes, erstreckt sich eine ungeheure Reihenfolge von positiven und negativen Maßnahmen, Handlungen und Unterlassungen, welche die Umgebung bilden, zu welcher wir nichts beitragen, aber in welcher unser Wesen zur Ausbildung gelangt. Wenn die Erziehung ihren Anfang nimmt, treten schon tiefgreifende Spuren in der intellektuellen Tätigkeit zutage; und die Wahrnehmung der Welt²⁹⁾, das Denken, die sich

²⁹⁾ Ernst Mach, Erkenntnis und Irrtum, Leipzig 1920, S. 5: „Nicht nur die Menschheit, sondern auch jeder einzelne findet beim Erwachen zu vollem Bewußtsein eine fertige Weltansicht in sich vor, zu deren Bildung er nichts absichtlich beigetragen hat. Diese nimmt er als ein Geschenk der Natur und Kultur hin.“

stets gleichbleibenden Motive zu unserer Initiative, — wir begegnen ihnen schon in vollendeter Gestalt, gleich den Gipsformen, in welchen man das geschmolzene Metall zu gestalten gedenkt —, so daß unsere Eigenart das Resultat irgend welcher Mängel, Unzulänglichkeiten und Übertreibungen vorstellt. Diese nämlich Übertreibungen werden nun durch die kaum wahrnehmbare und doch eindringliche Tätigkeit verschiedener sozialer Phänomene berichtigt und in die gehörige Form gebracht, wobei die Mängel der Anpassung ausgeschieden oder zurechtgestellt werden.

Bei der Anpassung unserer Gedanken, und indem wir uns einer dem anderen anpassen, in unseren Versuchen und in unseren Reaktionen, gibt es viel von dem, was uns unbekannt ist, uns fremd bleibt, einen viel umfangreicheren, weit verbreiteteren Prozeß bildet, der die Gesamtheit der Menschen den Verhältnissen des Lebens anpaßt.

Viele Handlungen, welche dem individuellen Wohl nachstreben, stellen die Werkzeuge (und in der Zufriedenheit des Individuums ist, anstatt des Zweckes, ein Mittel zu erblicken) einer viel allgemeineren hedonistischen Assimilation, einer intensiveren Lebensweise vor, wie es die des Clans, die des Gemeinschaftswesens, die der Gattung, die des menschlichen Gesamtorganismus bildet. Wenn also der wirkende Teil die Folgerichtigkeit der Handlung bis zur Erreichung des individuellen Wohls wahrnimmt und ihm unbekannt bleibt, daß es ein Mittel vorstellt, so wird er dasselbe sicherlich für den Endzweck halten: wenn das Tier, von einem instinktiven Impulse getrieben, das Weibchen aufsucht, so sieht es nicht das voraus, was es vorauszusehen scheint (die Nachkommenschaft), es verfolgt seinen Weg, weiß aber nicht wohin, und vollzieht daher, trotz der Einfachheit des Endzweckes, eine Reihe verwickelter und verschiedenartiger Handlungen. Was es als individuelles Wohl empfindet, stellt eine Dienstleistung zur Erhaltung der Gattung vor, die mit einer Benachteiligung des Individuums verbunden ist. Der Mensch ist auch nicht immer von der Wechselbeziehung zwischen der Verbindung und der Zeugung überzeugt gewesen. Die Vorstellung von der individuellen Vaterschaft wurde, während eines gewissen, dem Totemismus huldigenden Zeitalters, für unwesentlich gehalten und in einer ziemlich verworrenen und falschen Weise durch Gebräuche zum Ausdruck gebracht, welche angeblich den Beweis dafür beibringen sollten, wie das „Männerkindbett“ (cuvade); man erkannte als Vater denjenigen an, welcher sich, bei der Geburt des Kindes, zu Bett legte und von den Frauen pflegen ließ. Die Eingeborenen Australiens gelangten nicht dazu, das ursächliche Verhältnis zwischen der sexuellen Vereinigung und der Geburt des Kindes zu entdecken,

und daraus ergibt sich der Glaube an eine übernatürliche Vaterschaft, die irgend einem Stammes-Gotte zugeschrieben wird. Der Hedonismus der Familie, der Nation und der Menschheit bedeutet den Altruismus für das Individuum. Und die Handlungen des individuellen Egoismus stellen zuweilen die Mittel zur Verwirklichung der Endziele vor, welche das Wohl der ausgedehnteren Organismen betreffen, die dem Einzelwesen überlegen sind; nur mit Mühe verfolgen wir ihre Konsequenzen bis zu dem Punkte, in welchem er die Freude, den Genuß und die Zufriedenheit der Menschen erzeugt, und wir gelangen nicht zur Kenntnis der entferntesten Wirkungen, die sich auf die Gattung, auf die Nation und auf die Menschheit beziehen. Und deswegen konnte Cornelius³⁰⁾ mit vollem Recht schreiben, daß der Egoismus und der Altruismus sich im letzten Grunde nur durch den Grad der Konsequenz des Denkens unterscheiden. Selbst das Recht dient an und für sich als Beispiel: es fördert die Gesamtheit und ist, durch die Berücksichtigung der Interessen eines jeden einzelnen, um das allgemeine Wohl besorgt.

Die Zähmung der Tiere stellt schon einen Prozeß vor, der zu der Aufzwingung von juristischen oder moralischen Normen, und zu ähnlichen Prozessen, in einem parallelen Verhältnis steht: beide sind als Anpassungen oder Berichtigungen der Mängel in der Anpassung des Menschen anzusehen. In der nach Robenhausen benannten Entwicklungsperiode, deren orientalischen Ursprung die Knochen der Tiere bezeugen, welchen man in den neolithischen Fundorten begegnet, lassen sich überzeugende Spuren von der Zähmung nachweisen, wobei es jedoch möglich erscheint, daß die des Hundes viel weiter zurückliegenden Zeitaltern ihren Ursprung verdankt. Jedenfalls ordnete der Mensch, bevor er dazu schritt, seine Lebensweise mit derjenigen der anderen Tiere in Übereinstimmung zu bringen, seine eigenen Verhältnisse, und das Recht war notwendigerweise schon vor den zum Ausdruck gelangenden Verhältnissen der Zähmung vorhanden: zwischen dem Manne und der Frau der quaternären und irgend einer anderen Periode, wenn es auch noch der homo von Quatrefages, der Anthropopithecus Mortilets oder der Pithecanthropus erectus des Holländers Dubois sein sollten, welche, nach der Ansicht eines jeden von ihnen, den tertiären Typus bilden würden, läßt sich in Wirklichkeit nicht der Ursprung des Rechts durch unmittelbare, urkundlich bewiesene Größen wieder nachweisen —, und zwar aus einem sehr einfachen

³⁰⁾ H. Cornelius, Einleitung in die Philosophie, 2. Aufl., Leipzig und Berlin 1916, S. 85: „Egoismus und Altruismus unterscheiden sich also im letzten Grunde nur durch den Grad der Konsequenz des Denkens.“

Grunde: es ist ein universales, und kein menschliches Phänomen; folglich schon vor jedem Vorläufer des Menschen vorhanden.

Es besteht keine absolute Trennung, sondern eine Fortdauer zwischen der einsichtsvollen, sicherlich überlegenen Anpassung, und der anderen, instinktiven oder weniger als instinktiven, physischen Anpassung, die von dem Bewußtsein unabhängig ist. Die bewußten Prozesse der Anpassung äußern ihre Wirkung, wenn sie zum Nutzen gereichen, und nach dem Grade dieses Nutzens; wir empfinden kein Bedürfnis, uns der Tätigkeit der Leber und der Eingeweide bewußt zu werden, und daher kommt es auch, daß ein solches überflüssiges Bewußtsein nicht zur weiteren Entwicklung gelangt. Dasselbe würde man aber nicht von der Entleerung der Blase sagen können, welche den flüssigen Inhalt nach außen treibt und demnach die Empfindung erfordert, und empfunden werden muß.

In dem gesamten Leben der Erde stellt der Mensch das Tier vor, welches der Notwendigkeiten der Anpassung am meisten bedarf und in einer verständigen Weise darauf bedacht ist, ihnen abzuhelpen: von dem abgesehen, was sich in seinem Organismus, wie in allen Tieren vollzieht, eignet er sich, wie wir es nennen wollen, neue Organe an (Gegenstände, Wasser, Feuer, Haustiere, Maschinen), vermittelt welcher er es zu einem wirksamen und äußerst kräftigen Apparate der Betätigung und der Vermeidung schädlicher Handlungen bringt. Die Tiere und die Maschinen, als menschliche Organe betrachtet, wie zum Beispiel das Automobil, bildeten das Objekt einer wertvollen Studie des Prof. G. F. Nicolai³¹⁾. Aber nicht bloß darin sind die Motive für die biologische Überlegenheit des Menschen zu suchen; er verfügt noch über weit wichtigere Elemente der Anpassung, welchen man nur in einem unentwickelten oder zweifelhaften Zustande bei den anderen Wesen begegnet: die Religion, die Moral, das Recht, die Ästhetik. Wenn sie auch einen eigenartigen Charakter tragen, so tragen sie doch alle zur Erhaltung und zur Erleichterung des menschlichen Lebens bei, und gerade deswegen — indem das Gefühl von der Wirksamkeit der Handlung erzeugt wurde — kamen unabhängige Formen zum Vorschein, die in gleicher Weise für die allgemeine Funktion der Anpassung verwertet wurden (die ästhetische, religiöse, moralische usw. Vervollkommnung).

Das Gelten des Rechts stellt, seinem juristischen Werte nach, die eine Funktion ausübende, soziale Kraft vor; in der Anordnung oder in der Zurückziehung der Maßregel gelangt „das

³¹⁾ G. F. Nicolai, Die Biologie des Krieges, Zürich 1919, S. 57 und folgende.

Gelten“ des Rechts zum Ausdruck³²⁾. Solchen Worten haben wir nur hinzuzufügen: es gibt ein Recht, das von den „verwirklichten“ Kräften hervorgebracht wurde, und welches, unter Voraussetzung der Zeichen + oder —, in die soziale Ordnung vermittelnd eingreift, weil es über den Inhalt der Macht (Kraft) verfügt und sich verwirklichen wird. Wenn man den Gesetzbüchern eine Bestimmung hinzufügt, welche es im lebenden Rechte gibt, läßt sich der Inhalt der Macht zu einer gewissen Norm gestalten, die zur Geltung gebracht werden muß, aber in Wirklichkeit sind für diese der Inhalt und die Form schon früher vorhanden, so daß sich die beiden neuen überflüssig erweisen. Niemals wird man sich dessen enthalten, die Pflicht zu erfüllen oder das Recht auszuüben, welche die juristische Norm, dieser abstrakte Ausdruck der sozialen Tatsache, in sich birgt; niemals wird die gesetzliche Vorschrift beachtenswert erscheinen, weil sie ebenso wirkungslos ist, wie mein Ruf, der den im Aufsteigen begriffenen Vogel zwingen will, seinen Lauf im Raume weiter fortzusetzen.

Gleich dem Wasser, welches sich in dem Felsgestein das Bett gräbt, in welchem es mit Leichtigkeit dahinströmen kann, glättet auch der Einfluß, welchen die Einzelwesen aufeinander ausüben, und der, wie Mieczyslaw Szerer erklärt, ebenso aus dem gemeinschaftlichen Leben, wie aus dem Zusammenwirken der letzteren abgeleitet wird, ohne Unterlaß die rauen Oberflächen, die sich vorfinden, bis er zu der für ein solches Zusammenwirken am vorteilhaftesten erscheinenden Anordnung gelangt. Das Bild mag zur Erklärung dessen dienen, daß ein organisiertes, gleichzeitiges Mitvorhandensein, das Recht, ein menschliches Übereinkommen, noch keineswegs eine Lösung der Verhältnisse bedeutet, durch die sämtliche Teile zufriedengestellt werden könnten, sondern eine nur tatsächliche Anpassung vorstellt. Selbst in den unbarmherzigsten Ausbeutungsmethoden, wie es sich unter der Sklaverei, unter der Leibeigenschaft usw. ereignete, und noch, in unseren modernen Zeiten, zwischen dem Kapitalisten und dem Arbeiter stattfindet, begegnet man einer wechselseitigen Anpassung. Sobald man, der Anpassung wegen, mit der Arbeitsteilung beginnt, kommt die soziale Abhängigkeit zum Vorschein, und ein solches Ereignis wird eine erschwerende, ausbeuterische und kräftigende Wirkung ausüben, so daß dieser Tatsache eine andere nachfolgt,

³²⁾ Müller-Eisert, Objektives Recht und richtiges Recht, im Archiv für bürgerliches Recht, Berlin 1919, Bd. XLIII, S. 184. Über das Thema lese man auch die Arbeit von C. A. E m g e, Über den Charakter der Geltungsprobleme in der Rechtswissenschaft, im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Berlin und Leipzig 1920—1921, Bd. XIV, S. 146—171, 277—285, und Bd. XV, S. 54—63.

von einer weit größeren und strengerer Abhängigkeit, um derentwillen sie sich der Schwachheit bedient hat, welche durch die vorausgehende Anpassung hervorgerufen wurde. Einer jeden von diesen Phasen entspricht ein gewisses Recht, welches die Form, den Index der Erhaltung bildet. Um zu irgend einem neuen Recht zu gelangen, bedarf man des Wertes des vor kurzem noch unterworfenen und ausgebeuteten Elementes, eines Fehlens des Gleichgewichts bei der Anpassung, einer Beseitigung der Abhängigkeit und, demnach auch, einer Gestaltung der Situation, die durch die soziale Betätigung des früher passiven und jetzt eine Wirkung ausübenden Elements hervorgerufen wurde. Wenn der juristischen Behauptung die der Tatsache vorausgeht, wird das Recht eine einfache Form annehmen, deren Inhalt die vorhandene soziale Wirklichkeit bilden muß; wenn jene dieser vorangeht, erhalten wir das ausgleichende Recht, das Furcht-Gesetz, das Recht, das darauf abzielt, alles das erträglich zu gestalten, was vorhanden ist, und der größte Teil des „zur Geltung gelangenden“ Rechts. Die Kenntnis der beiden charakteristischen Merkmale des juristischen Phänomens ist nicht nur von einer erheblichen Bedeutung für die objektive Untersuchung der sozialen Materie, sondern auch von demjenigen nicht zu entbehren, der Anspruch darauf erhebt, die Gesetze zu verstehen, auszulegen und anzuwenden, wie sie auch allen anderen Geistesgrößen notwendig erscheint, die sich vorwiegend mit dem bedeutungsvollsten aller menschlichen Probleme beschäftigen, wie es das einer guten und zuverlässigen Rechtspolitik bildet.

In dem ursprünglichen Leben macht sich die Intervention des berichtigenden oder aufgezwungenen Rechts nur in unbedeutendem Maße bemerklich, weil es dann ja noch die natürliche Zuchtwahl gibt, die in dem offenen Kampfe zwischen den einzelnen Lebewesen ihren Ursprung findet und mit dem Siege der Stärksten endigt. Das Recht gelangt dazu, den unveränderlichen Fortbestand der Mehrzahl zuzugeben, die Auslese aber vermittelt ein gemeinschaftlichen Kampfes wider die schädlichen Elemente zu bewirken, anstatt einer Auslese beizupflichten, welche durch den Kampf unter den nämlichen Lebewesen hervorgerufen wird. Es ist die zweite Phase, welcher die partielle Verschiebung des Auslegungsprinzips im Leben der Gesellschaftsgruppen entspricht: mit dem aber alsdann nur das Übergewicht besitzenden, natürlichen Phänomen der Solidarität stimmt, gleich der Rückseite der Medaille, die allgemein gültige und humanitäre Regel überein: alle Menschen besitzen Rechte, Persönlichkeit. Um bis dahin zu gelangen, treten die vermittelnden Formen der Ausbeutung des Menschen seitens des Menschen auf, wie die Sklaverei, das

Proletariat usw. Wenn die Wissenschaft darauf bedacht ist, in dem Einzelwesen, und nicht äußerlich, die Mängel der Anpassung abzustellen, das heißt, den Alkoholismus, die übrigen Laster des Morphium- und Kokain-Gebrauches usw., und die Korruption abzuschaffen, um dadurch die Zahl der Verbrechen und den Umfang der Verdorbenheit zu vermindern, und wenn sie, um das Naturgesetz (in seiner strengsten Bedeutung), welches für das weitere Fortleben der Stärksten eintritt und darum bemüht ist, und das ethische, soziale Gesetz, welches die Schwachen in seinen Schutz nimmt, miteinander auszusöhnen, Anstrengungen macht, um dadurch zu vermeiden, daß die soziale Harmonie und der Überfluß durch die Vergrößerung der Zahl der Schwächlinge gestört werde, durch das Nicht-Heilen der Kranken, — dann ist es schon die dritte Phase, welcher der Mensch dient: der bewußten Auslese und der Anpassung vermittelt weit rationellerer und wirksamerer Prozesse.

Das Thema ist von einer ziemlichen Bedeutung, als daß wir uns darüber hinwegsetzen könnten, aber hier ist nicht der Ort, der sich dafür besser eignen könnte. Es sei also von jetzt an der Unterschied zwischen der Auffassung, die ich teile, und die sich auf das biologische Gesetz der Zuchtwahl und auf das räumliche Gesetz von den sozialen Kreisen bezieht, und dem ganz gewöhnlichen politischen Darwinismus hervorgehoben, dessen wissenschaftliche Grundlagen unsicher und zerbrechlich erscheinen.

Die große Mehrzahl der Menschen erkennt keinen anderen sozialen Typus an, als den tyrannischen und den anarchischen, — die im Zustande der Ruhe befindliche Wassermasse oder das zur Empörung gebrachte Gewässer; sie sind nicht imstande, die Entwicklungsstufe der Zivilisation zu begreifen, auf welcher die kriegerischen Vorbereitungen und die Kriege ihr Ende finden, ebenso auch für viele oder einige die Unmöglichkeit beseitigt wird, sich mit den Wissenschaften, mit den Künsten und mit allen Kenntnissen vertraut zu machen, und die ungerechte materielle und psychologische Ausrüstung zugänglich gemacht wird, die für die harmonische Entwicklung eines jeden Menschen unentbehrlich ist. Solchen Geistern erscheinen die sozialen Ungerechtigkeiten in einem unveränderlichen, ewigen Lichte; und trotzdem alles, was man aus dem Zusammenhang der Geschichte gewahrt, von ihrer Abnahme zeugt, so ist das doch Grund genug, um sie, wenn auch nicht für ausrottbar, wenigstens einer fortschreitenden, selbst rein zufälligen Verringerung fähig zu halten. Auf sämtlichen Gebieten des menschlichen Wissens vollzieht sich die in erster Linie ihre Wirksamkeit äußernde und später zur Wirklichkeit gewordene Vermehrung des menschlichen Glücks: die

Entfernungen, — sie werden heute von dem Dampfe, von der Elektrizität, von dem Luftschiff überwunden; was die Krankheiten anbelangt, so sind viele von ihnen, die für äußerst schwer gehalten wurden, heutzutage in keiner Weise gefährlich.

Das zur Geltung gebrachte Recht steht in einem wechselseitigen Verhältnis zu der Organisation. Nachdem sich ein bestimmter Typus der sozialen Struktur verwirklicht hat, erfolgt die „Geltendmachung“ des Rechts, welche von dem Schwinden des Vertrauens auf die inneren Kräfte der Gruppe, auf das Gefühl, Zeugnis ablegt und ankündigt, daß der Glaube an eine freiwillige natürliche Anpassung nicht mehr vorhanden sei. Es verkörpert sich in ihr die Furcht, daß sich die Gesamtheit, auf sich allein angewiesen, nicht zu behaupten vermöge, und darauf beruht der Endzweck des Staates: das allem Anscheine nach zerbrechliche Knochengerüst des Zusammenwirkens mit den zuweilen gewaltsam wirkenden Fesseln der die Herrschgewalt besitzenden politischen Organisation zu versehen. Später, wenn solche Rechtsbürgschaften Dienste leisten und die Form sicherstellen, nimmt die Unruhe ihren Anfang, die durch die Anwesenheit organisatorisch tätiger Körper hervorgerufen wird, in welchen die soziale Entwicklung die Funktion unterdrückt hat, und es folgen nun allmählich Veränderungen in der Regierungsform, bei den Behörden usw. Solchen partiellen Veränderungen, wie auch den anderen, den radikalen Umgestaltungen, welche von verschiedenen revolutionären Doktrinen gefordert werden, stellt das Staatsgefüge die gesamte Reaktion gegenüber, die es aufzubringen vermag, weil eben die einfache Tatsache des Seins, seit langem schon, für die Notwendigkeit des Widerstandes, der ununterbrochenen Fortdauer, den Beweis zu liefern vermag. Die Schlußfolgerung ist falsch: es ist das unbewußte Kriterium der niederen Tiere, und zwar nach Maßgabe ihrer Unveränderlichkeit; sie betätigen sich in einer instinktiven Weise, und der Instinkt stellt die Unkenntnis des wirklichen Verhältnisses zwischen den Mitteln und den Zielen vor: allem nachzujagen, was da glänzt, weil die Nahrung ein glänzendes Aussehen hat — eine Tatsache, wie sie sich bei den Barschen ereignet; alles sorgfältig zu erhalten, was es tatsächlich gibt, weil es gleichzeitig mit der wirklich bestehenden Ordnung vorhanden ist. Man bedarf erst des Leidens und der Intelligenz, um zu der Entdeckung zu gelangen, daß der Einrichtung *a* keine Funktion entspricht oder auch niemals entsprochen hat, oder daß die Kriminalität abnehmen wird, wenn man die sie begünstigenden Ursachen einschränken kann usw.

Tiere von der gleichen Gattung, welche, in normalen Zeiten und unter normalen Bedingungen, in Paaren leben, die anderen Paaren feindlich gegenüberstehen, bringen es fertig, wenn wir sie in einem kalten Aufenthaltsraum unterbringen, sich rein instinktiv, ohne vorherige Übereinkunft, eng aneinander zu drängen, durch den nämlichen Zwang zur Fügsamkeit und gegenseitigen Duldung genötigt. Es ist ein neues Recht, das, wie wir sehen, bei ihnen zum Ausdruck gelangt, und es unterscheidet sich nicht viel von den auf der Übereinkunft beruhenden Gesetzen, wie es die modernen über Kapital und Arbeit vorstellen, auch nicht von irgendeinem anderen Phänomen zur Hervorbringung des Rechts.

Vermittelst des Rechts trachtet der Mensch danach, „sich zu erziehen“, wie sich ja auch die anderen Tiere selbst oder eines das andere erziehen, oder wie sie von den Menschen erzogen werden. Der Hecht stößt (nach der bekannten, von Möbius gemachten Beobachtung), wenn er von den kleinen Fischen durch eine Glasscheibe getrennt wird, mit aller Gewalt gegen dieselbe, sobald er sich anschickt, sie zu ergreifen; die Vergeblichkeit seiner Bemühungen zwingt ihn zur Einstellung seiner Versuche, und später, wenn er in dasselbe Aquarium gesetzt wird, in welchem sich die Fischchen befinden, rührt er sie nicht an. Es gab eine Unterdrückung der Handlungsweise, ein psychisches Beiseitelassen, welches dem Fische dazu gedient hat, um sich selbst vor einem Schaden zu bewahren, aber fortbestehen blieb, ebenso wie der Vortrefflichkeit der juristischen Anordnungen, nachdem die Zwecklosigkeit ihres Bestehens erwiesen ist, der Ausschluß des Impulses folgt. Was wir soeben bezüglich des Fortfalls der Handlung gesagt haben, würden wir auch mit Bezug auf die Hervorrufung, Intervention oder Vergrößerung des Reizmittels behaupten können. Wenn das Recht nicht die Form der zur Wirklichkeit gewordenen sozialen Kräfte vorstellt, dann ist es nichts anderes als ein Versuch der Anpassung vermittelst eines positiven oder negativen Prozesses, stellt also eine Ergänzung oder Beschneidung der Handlung vor.

Im Rechte ist man schon zu der Erkenntnis gelangt, daß die Illusion und der Irrtum dem intellektuellen Fortschritte zu dienen vermögen³³⁾; aber unser Kriterium ist noch viel objektiver:

³³⁾ Georg Adler, Die Bedeutung der Illusionen für Politik und soziales Leben, Jena 1904, S.5 und folgende; früher schon, im Jahre 1895, in der Monographie: Illusion und Suggestion in der Sozialpolitik. — Fritz Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, München 1905, Bd.II (Die Kulturstufen der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie), S. VIII.

Wahrheit und Illusion sind, in unterschiedsloser Weise, wirksam infolge des Anpassungswertes, welchen sie, auf Grund der Verhältnisse, dem Orte und der Zeit nach, enthalten können, ohne daß wir jedoch die hervorragende Bedeutung und Wirksamkeit der bewußten Anpassung als dem höchsten Grade des Anpassungsprozesses zu bestreiten vermögen. Etwas Ähnliches erfüllt schon den Weg mit seinem Lichte. Niemals werden wir mit Sicherheit das beurteilen können, was, bei der Anpassung des Menschen an das soziale Leben, die Idee Gottes vorstellte; aber wer von uns würde es wohl wagen, das vorauszusehen, was die Wissenschaft im Laufe zahlreicher Jahrhunderte verwirklichen wird, welche dem unsrigen nachfolgen werden? Nationale Entwicklungsstufen der Kultur haben wir schon heute; die menschliche Zivilisation befindet sich aber noch in statu nascendi.

Die biologischen Verhältnisse umgaben wie ein zartes, alles ausfüllendes Gewebe sämtliche Lebewesen; wo man dem Anscheine nach vereinzelte Handlungen beobachtet, die eines jeden Zusammenhanges entbehren und aus dem freien Willen entspringen, zieht sich die symbolische Linie der Anpassung der Gattung, oder des Individuums, an die bestehenden oder vorübergehenden mesologischen Verhältnisse hindurch. Das biologische Interesse umfaßt die Tätigkeit des Wesens sowie die von Vereinigungen solcher Wesen. Das Geistesleben selbst bildet, mit seinen mehr oder weniger verwickelten und ertragreichen Produkten, mit seiner quantitativen Heterogenität, nichts anderes als den Grundriß einer gewissen Anpassung. Mit Hilfe seines Denkvermögens sucht der Mensch nach dem Bilde, nach der Erkenntnis, nach der Norm, die seinen biologischen Bedürfnissen zum Nutzen gereichen könnte. Derart, daß es eine Anpassung der Gedanken an die Tatsachen gibt, welche die Beobachtung vorstellt, und nur später die der Gedanken unter sich erfolgt (Theorie). Für die ersten Stufen der Anpassung, schreibt Mach³⁴⁾, würde eine neue Kombination intuitiver Erinnerungen ausreichen, die durch die Tätigkeit der Einbildungskraft hervorgebracht wird; um zu der späteren Anpassung zu gelangen, ist es jedoch notwendig, abstrakte Operationen mit den Begriffen vorzunehmen und die ein Ganzes bildenden Klassen der Tatsachen in Übereinstimmung mit der zwischen ihnen bestehenden charakteristischen Reaktion zu betrachten. Beispiele hierfür sind: die Anziehung und die Abstoßung der Magnete — für den ersten Grad; die Erklärung der Fallbewegung als eine gleichförmig be-

³⁴⁾ Ernst Mach, Erkenntnis und Irrtum, 4. Aufl., Leipzig 1920, S. 165 und 166.

schleunigte Bewegung, übereinstimmend mit der Erkenntnis, zu welcher Galilei gelangte — für den zweiten Grad.

Aber vor dem Denken ist schon der Instinkt vorhanden, und außerdem gibt es noch die motorischen Reaktionen der Pflanzen, eine Arbeitsteilung, die dem Ganzen zum Nutzen gereicht (das Wachstum des Stammes nach oben und der Wurzeln nach unten usw.). Der Individualismus und die Sozialisierung stellen, wie die von Sachs in der Pflanzen- und die von Loeb in der tierischen Physiologie nachgewiesenen Erscheinungen, einfache Tropismen der sozialen Physiologie vor. Viele Handlungen gehen über das biologische Bedürfnis hinaus und verlieren die unmittelbare oder mittelbare, auf den Nutzen gerichtete Färbung; niemand vermag dasselbe in der Neugier des Affen zu erblicken, der, wenn er das Beuteltier ergreift und aus seinem Beutel die Jungen hervorkommen sieht, diese untersucht und wieder an Ort und Stelle bringt³⁵⁾, auch nicht in dem Verfahren des Richters, der vorschriftswidrig handelt; es liegt jedoch nicht nur ein biologisches Bedürfnis vor, es erfüllen auch nicht alle von den Wesen ausgeführten Handlungen den Zweck, anpassende Wirkungen hervorzubringen, und die Gesamtheit ihrer Bemühungen läßt sich auch nicht, ohne jede Abschweifung, zu harmonischen Zwecken, in ein schiffbares Bett bringen. Wir dürfen niemals vergessen, daß die wissenschaftlichen Gesetze auch statistische Gesetze sind.

Die Gewohnheit ist es, welcher wir gewisse Fähigkeiten und Erfahrungen, Tätigkeiten und Einflüsse verdanken, die wir in einer unbewußten Weise auszuführen imstande sind, selbst wenn, in bestimmten Fällen, ihr Auftreten ein Phänomen des Bewußtseins dargestellt haben sollte. Der anpassende und anpassungsfähige Charakter der Geistestätigkeit, sowie der menschlichen und tierischen Organisation, erfordert es, daß sich viele Handlungen automatisch vollziehen, welche sodann Errungenschaften bilden, auf welchen man mit dem Aufbau weiter fortfährt, gleichsam, als wenn es die aufeinanderfolgenden Schichten einer Mauer wären. Das Bewußtsein stellt etwas Ähnliches bei den Baugerüsten vor; und gerade deswegen ist es leicht, die primitive Anordnung der Sitten, beim Fehlen des Bewußtseinsmomentes, durch die Feststellung der Handlungen zu begreifen, die zufällig ausgeführt wurden, und deren Nützlichkeit sich herausstellte. Die plötzlich zum Ausbruch gelangende Gewalttätigkeit bildet, ebenso wie die berechnete Verteidigungsmaßregel, bei den niederen Tieren und bei den primitiven

³⁵⁾ Morgan, Animal Life, London 1891, S. 340.

Menschengruppen, schon eine Form des Rechtes, aber nur eine so rudimentäre Form, wie sie für die motorischen Typen des neuropsychischen Lebens die Reflexwirkung vorstellt (ich ergreife ein Lineal, führe einen Hieb gegen die Sehne, unterhalb der Kniescheibe, und das Bein springt in die Höhe). Von hier bis zur bewußten Ausarbeitung des Rechtes macht sich eine sehr ausgedehnte, bis ins Einzelne gehende Entwicklung vermittelt aufeinanderfolgender Errungenschaften und fortwährender neuer Versuche bemerkbar; aber es treten auch normale Phänomene auf, onirische Konstruktionen, mit allen ihren vernunftwidrigen Unbestimmtheiten, mit ihrer ganzen unwirklichen Unbeständigkeit, und mit der hartnäckigen Hervorhebung aller Ungereimtheiten der Träume. In den Mühlen läßt sich auch nicht alles verwerten, und ebenso ist es auch bei der Hervorbringung des Rechts der Fall: das Recht stellt nicht alles vor, was durch den Mühlstein hindurchgegangen ist, sondern nur das, was zermahlen und gesiebt wurde. Anderseits entspricht dem individuellen Phänomen des Bewußtseins bei den individuellen Ausarbeitern des schriftlichen Rechts beinahe niemals die bewußte objektive Elaboration: das Gefühlsleben hat überaus tiefgreifende Wurzeln geschlagen. Die dem Anschein nach autonomen und individuellen Zustände des individuellen Bewußtseins sind nicht selten in der auf der Erregung beruhenden Masse umfangreicher Geisteswellen und, zuweilen auch, physiologischen Prozesse enthalten, die sich aus allgemeinen, metabolischen Operationen mit der ihnen eigentümlichen, typisch neutralen, psychischen Färbung zusammensetzen.

Vermittelst der die Gattung enthaltenden Instinkte führt das Individuum (die Ameise, die Biene, der Mensch) Handlungen aus, als ob es seine eigenen und individuell nützliche wären, — Handlungen, welche in vielen Fällen für ihn, in individueller Beziehung, nachteilig sind und nur der Gattung zum Nutzen reichen.

Die Anpassung fügt, wie alles in der Welt, zu dem, was sie erreicht hat, dasjenige hinzu, was sie jetzt erreicht; es fallen daher einem aus Winkeln bestehende Kurven ein, welche, sich ununterbrochen fortsetzend, die charakteristische Gradeinteilung des Entwicklungsganges und der Vervollkommnungen zum Ausdruck bringen. Zu dem hier Gesagten, zu dieser Normalmäßigkeit der Welt, scheint die Intervention der menschlichen Intelligenz, mit der Wissenschaft, mit den Künsten, den Religionen, den Schöpfungen des Idealen usw. eine Ausnahme zu bilden; aber in Wirklichkeit zieht sich durch alle Phantasien und durch alle Ergebnisse der Forschung, der Hypothese und der mystischen,

spekulativen, ästhetischen Ausarbeitung, die unreduzierbare Linie der Positivität, welcher man bei der Anspannung des Menschen an das soziale Leben und an die kosmische Umgebung bedarf. Das positive Wesen bildet sowohl für den Instinkt als auch für die Intelligenz ein Verhängnis, das sich aus derselben Funktion der beiden ergibt, welche darin besteht, zum Nutzen der Gattung, der Gruppe und des Individuums, die Bewegungserscheinungen und die Widerstandphänomene des Letzteren zu regeln. Positivität liegt darin, wenn man die Freude aufsucht und dem Leiden zu entgehen trachtet, wenn man sich die Götter schafft, welche der Regelung und dem Überschwange des Lebens und der Energien zu dienen vermögen, die eines Ansporns bedürfen, — wenn man in den Laboratorien Untersuchungen anstellt und Hymnen und Gesänge verfaßt. Ohne das Zusammenwirken verschiedenartiger und ziemlich verwickelter Elemente, wie sie die nationalen Festtage, militärische Schausstellungen, die Literatur, die Sprache, die Einheitlichkeit einer großen Anzahl von anderen physischen, ökonomischen und psychologischen Bestandteilen vorstellen, würde sich nicht die Bildung des Organismus der Völkerschaften und der Staaten ermöglichen lassen. Nur daß jene sich nicht um der letzteren willen entwickelten — eine Behauptung, die den Finalisten willkommen sein würde —, sondern sich gleichzeitig mit der Elaboration dieser ausbildeten; die Anpassung stellt gleichsam den Inhalt der einen und der anderen vor, und sie können nur als einfache Formen oder Oberflächen (**n**) der sozialen Materie in dem Überraume von **n** Dimensionen angesehen werden, wenn wir Ausdrucksformen anwenden, die in der mathematischen Ökonomie ebenso wenig zu entbehren sind wie in der sozialen Biologie.

Es liegt ein Kraftinhalt in den Ideen, der von der Richtigkeit oder von der Unwahrheit dessen unabhängig bleibt, was sie behaupten. In der Aufeinanderfolge der historischen Tatsachen stellen die Kräfte, die Resultate der Wirksamkeit, dasjenige vor, was man in Rechnung zu bringen hat, und zu philosophischen Richtigstellungen fehlt es an der geeigneten Zeit; die irrigen Doktrinen selbst bestätigen sich als psychologische Energien, welche zu der Überzeugung — und demnach auch zu dem Irrtum —, mit dem sich die Menschen zu verteidigen suchen, in einem direkten Verhältnis stehen.

Ebenso wie sich die Keime einer vollzogenen Anpassung in dem zum Leben erwachenden Tiere vorfinden, weil sich in ihm schon alle Abänderungen kristallisierten, die durch die Anpassung der Gattung an das Leben hervorgebracht wurden, und weil der Mensch die Summe dessen bildet, was sich zwischen ihm und

seiner Umgebung zugetragen hat, — ebensowenig läßt sich auch die konstante, überindividuelle, und die andere, jüngst erworbene Anpassung zwischen einem jeden Wesen und der Umwelt bestreiten. In jener gibt es das Angeborene, welches den größten Teil des Lebens bildet; in der Physiologie — das große Prinzip. Außerdem tritt, um beiden zu dienen, die Notwendigkeit ein, daß die Erkenntnis den Kollektivkörper und das Individuum gewährt, und nicht bloß diesen zu dienen sucht, weil sie häufig mit der scheinbar günstigen, jedoch unpassenden Intervention dem einen und dem anderen schlechte Dienste leisten wird. Ebenso kann es auch nichts Notwendigeres für die juristische Forschung geben, so daß bei deren Fehlen die Mission des Auslegers sich auf kein günstigeres Resultat stützen wird, als auf den soziologischen Anblick von der Gesamtheit der Nation, der Familie, der Gemeinde, des Festlandes und des tatsächlichen Zustandes der Menschheit. Unglücklicherweise stellt dieses nicht das angestrebte, ausschließlich individuelle und, selbst wenn es allgemeine Geltung besitzen sollte, verschleiert individualistische Kriterium vor, weil weder das Interesse „aller“ das soziale bildet, noch das der Gemeinde, der Staaten, der Kontinente, der Rassen, das Interesse aller derjenigen vorstellt, welche sie zusammensetzen. Durch den Besitz des ebenso künstlichen wie gefährlichen Apparates der Gesetzgebung, der zudem die Gesellschaft nicht selten mit weiteren Organen versieht (was dasselbe bedeutet, als wollte man den Menschen mit einem dritten Arm oder mit noch einem Finger beschenken, was zwar chirurgisch möglich, jedoch überflüssig ist), wirkt alles, was sich vollzieht, darauf hin, das Parasitentum der provisorischen Einheiten zu erhalten, die einen wider die anderen, oder gegen das Individuum, oder, in gewohnheitsmäßiger Weise, gegen die höherstehenden Einheiten zu unterstützen; und trotzdem stellte sich die Notwendigkeit der vollkommensten Erregung aller heraus, inwieweit man ihrer bedurfte, aber zugunsten des Individuums, und der ausgedehnten und schon in Bildung begriffenen Einheit, weil sie sich nur vorübergehend als Funktionen rechtfertigen lassen.

Im modernen Staatswesen gibt es eine Gesetzgebung über das Genossenschaftswesen in der Produktion und im Konsum. Aber was bezweckt denn die Produktionsgenossenschaft anders, als den Arbeiter von der Ausbeutung seitens des Arbeitgebers zu befreien, und was strebt denn die des Konsumes anders an, als den Zweck, den Verbraucher der Ausbeutung durch die Händler zu entziehen? Unter dem sozialistischen Regime würde, auf Grund der vollkommensten Anpassung des Menschen, das Gesetz überflüssig sein; die gesamte Gesellschaft würde eine Genossen-

schaft bilden, und private Genossenschaften würden sich nicht rechtfertigen lassen. Unter dem bestehenden Regime gibt es Fehler in der Anpassung, welche in der Hypertrophie einiger Organe, unter Benachteiligung anderer, zum Ausdruck gelangen, und dem Rechte fällt es zu, mit dem geeigneten Berichtungsmittel nachzuhelfen. In den sich über die Allgemeinheit erstreckenden Genossenschaften würde das nicht notwendig sein, das Genossenschaftsrecht würde in den Tatsachen enthalten sein; in der kapitalistischen Welt hilft jenem erwähnten Bedürfnis die Beseitigung der Resultate ab, die sich aus der Nichtanpassung einer oder vieler Klassen an das Leben der menschlichen Gesamtheit ergeben.

Der einzige wirksame Prozeß zur Erlangung von Rechten besteht im G e l t e n. Der Jurist von Jhering befand sich im Irrtum, wenn er versicherte, daß sämtliche Rechte in der Welt nur im Kampfe errungen worden seien; und er war im Irrtum, weil die Kraft im engeren Sinne nicht das einzige schöpferische Element des Wertes ist. Seitdem die Bedürfnisse und die Bedeutung der vernachlässigten oder ein Opfer der Bedrückung bildenden Klasse erheblich gestiegen sind, ist das neue Recht ebenso unvermeidlich geworden, wie der Fall des Wagebalkens, der sich über der horizontalen Linie befand, nach der Vermehrung des Gewichts, das sich auf der betreffenden Wagschale befindet.

Der Behauptung, daß der Besitz eines Wertes erforderlich sei, um zum Rechte zu gelangen, kann man entgegenstellen, daß die Emanzipation der Unterdrückten nicht von ihnen selbst vollzogen ist, sondern von Klassen, welche ihnen in sozialer Hinsicht überlegen waren. Und deswegen seien einige Beispiele aufgeführt: weder der Krieg des Spartakus, noch die Empörung eines Jaques, noch die der Neger, vermochten die Sklaven der Antike, die Leibeigenen des Mittelalters und die Schwarzen Amerikas zu befreien, sondern nur die Anstrengungen und die Aufopferung derjenigen, welche ihnen Liebe entgegenbrachten. Selbst in den Errungenschaften des Feminismus ist vieles vorhanden, was das Werk des Mannes vorstellt. Dem Subjektivismus kommt es zu, die Geschichte zu deuten. Für diejenigen, welche objektiv zu blicken verstehen, stellt die Liebe, welche zufällig die Neger einflößten, nichts anderes vor, als das Produkt religiöser, moralischer usw. Verhältnisse, in welchen der Neger an Wert gewinnt. Es handelt sich um ein Thema, dem eine große Bedeutung zukommt und das eine größere Aufmerksamkeit verdient, als es den Anschein hat: in Brasilien bildete der lyrische Ton, von dem sich der abolitionistische Feldzug leiten ließ, das sich widerspiegelnde Resultat eines Sentimentalismus der Sklavenrasse selbst, welche,

in der Chronik unserer Sitten, einen erheblichen Betrag an Güte, Hingebung und Sorgfalt in die Wagschale werfen konnte. Die Poesie, welche ihn besang, die Prosa, welche von ihm zu erzählen pflegte, und die mündliche Überlieferung, welche ihn weiter verbreitete, bildeten die Mittel zur sozialen Bekundung seines ethischen Wertes. Durch ihre Unterwürfigkeit und ihren Glaubenseifer erwarb sich eine solche Rasse bald religiöse Sympathien. Die Freilassung stellten zwar individuelle, vereinzelt dastehende Errungenschaften vor, bildeten aber die Vorläufer der allgemeinen Abolition. Und wie gelangte sie zu diesen? Auf die einzige, soziale oder individuelle Weise zur Erlangung neuer Rechte: auf Grund ihres religiösen, moralischen, ökonomischen usw. Wertes.

Um ein neues Recht hervorzubringen oder eine neue juristische Ordnung zu schaffen, genügt es nicht nur, daß ein Teil der Individuen der Klasse oder Bevölkerung ihrer benötigt, sondern es ergibt sich auch die Notwendigkeit, daß derselbe die Verpflichtung zur Abstellung des Bedürfnisses selbst durchzuführen vermag, daß er einen Einfluß ausüben kann, oder daß er dem Bedürfnisse selbst unmittelbar abzuhelpen imstande ist. In gleicher Weise wird auch das Recht formuliert werden: von der herrschenden Klasse — als ein Zugeständnis (gesetzmäßige Verteidigung, Instinkt der Erhaltung), von den Parteien der herrschenden Klasse (Hilfsmittel der politischen Heuchelei) oder von den Bedürftigen selbst (Revolution oder berechtigte Teilnahme an der Regierung). So daß, wenn das Bedürfnis zunimmt und der Wert des Bedürftigen abnimmt, eine sich tatsächlich vollziehende Vernichtung stattfindet und ein Teil der Gesellschaft gleichsam den anderen verschlingt; wenn, mit der Zunahme des Bedürfnisses, die Macht der Bedürftigen zunimmt, wenn es zu keiner günstigen Lösung für die Ansprüche stellende oder von ihr beherrschte Klasse kommt, — dann wird sie selbst nach ihrem freien Ermessen zu einem solchen gelangen. Wenn sich das zwangsweise durchgeführte Recht verzögert, verwirklicht sich das zur T a t s a c h e gewordene Recht.

Mit dem Augenblick, wo die Klasse G e l t u n g erlangt, nimmt auch die sie begünstigende Gesetzgebung ihren Anfang: weil entweder ihre Mitglieder emporsteigen, oder weil sie einzugreifen vermag, wie es sich heute mit den Arbeitern und unter dem allgemeinen Wahlrecht ereignet, oder weil ihnen die herrschende Klasse zu gefallen sucht, z. B. die Aristokraten, welche für die Mitarbeit der Proletarier eintreten, die Bürger, die, infolge sozialistischer Sympathien, aus Furcht oder von der allgemeinen Notwendigkeit des „modus vivendi“ überzeugt, sich dafür inter-

essieren. Die letzte Lösung folgt immer, wenn sich die Nutzlosigkeit der Maßregeln herausstellt, welche die privilegierte Klasse begünstigen, wie sie der Liberalismus in der klassischen Fassung des *laissez faire*, die einschränkende Intervention, der Patriarchalismus oder der freiwillige Entschluß der Unternehmer vorstellen. In sämtlichen Zugeständnissen erhalten den Vorzug, seitens der nachgebenden Partei, solche Forderungen, die sich mit der bestehenden Ordnung vereinbaren lassen; andernfalls würde es keine Zugeständnisse, sondern Verzichtleistungen geben und diese sind in den sozialen Kämpfen nicht üblich. Verzichtleistungen im eigentlichen Sinne gibt es nicht; Zugeständnisse — allerdings. Außerdem bildet das Recht das einzige Mittel, um den Zustand der Dinge aufrecht zu erhalten und die Mängel in der Anpassung abzustellen. Man verdankt ihm demnach die innerliche Harmonie des sozialen Apparates, die einander folgenden Vereinbarungen des Kollektivmechanismus; hier — die Anerkennung des *jus connubii* mit den Plebejern, soweit es die Klasse der Patrizier anbetrifft; dort — die juristische Gleichstellung der Nicht-Katholiken mit den Katholiken; hierauf die Unterdrückung der Feudalrechte; später — die rechtliche Gleichstellung der Einheimischen und Ausländer, wie das in der Verfassung Brasiliens zum Ausdruck gelangt; in der heutigen Zeit — das Stimmrecht der Frau in einigen Ländern, ihre Zulassung zu Universitätskursen, zu den freien Berufen, zu öffentlichen Ämtern, in der Politik; der gesetzliche Arbeiterschutz (Prinzipien des Sozialismus, die in der kapitalistischen Gesellschaft ihre Ergänzung finden), der zuweilen von einer ziemlich einschneidenden Bedeutung ist, wie die erfolgreiche Versicherung des schweizerischen Gesetzes vom 13. Juni 1911, auf Grund des Prinzipes von der Gegenseitigkeit (Art. 41), die Regelung der Heimarbeit usw.

Die Annahme anderer Maßregeln, anstatt der unmittelbar sich anbietenden (Liberalismus, einschränkende Intervention, Patriarchalismus), bildet das Resultat der sozialen Erfahrung. Soziologisch genommen, stellt sie eine Tatsache vor, und nichts anderes als dieses; und wir haben sie auf Grund ihrer Bestimmung und nach ihren Wirkungen aber nicht auf Grund überhistorischer Prinzipien zu betrachten. Für den Phantasten oder für den Literaten gingen aus dem natürlichen Rechte die Rechte des Menschen und des Bürgers hervor; für den Soziologen bot sich die Intervention einer neuen Kraft dar, die bedrückten Klassen zu beschützen, welche dessen benötigten und deren Bedeutung zutage trat. Die Inschrift in der Verfassung verlieh ihnen wenig an Wirksamkeit; das Gesetz genügt weder dem Rechte, noch hängt das Recht einzig und allein von dem Gesetze ab.

Alles liefert einen deutlichen Beweis dafür, daß man, um ein Recht zu erhalten, notwendigerweise gelten müsse, — eine Frage der Tatsachen und keine Ideen — oder Prinzipienfragen. Mit dem allgemeinen Wahlrecht berücksichtigt man, zum Beispiel, die Zahl, und einem jeden wird die gleiche Einschätzung oder Fähigkeit zuerkannt; aber, an Stelle einer solchen gleichmäßigen und quantitativen Abschätzung schreitet man unaufhörlich zu einer inneren qualitativen Analyse der Masse fort, so daß es Höhen und Tiefen in der Einteilung, in der historischen Struktur des Rechtes gibt. Die Verallgemeinerung der Werte bildet das einzige Mittel, um, des sozialen Nutzens wegen, die produktiven Strömungen des Rechts miteinander zu verbinden. Unentgeltlicher und verallgemeinerter Unterricht, hygienische Maßregeln, Schutz gegen ökonomische Ausbeutung, Säuglingspflege, Beseitigung von Krankheits-, degenerierend wirkenden oder verbrecherischen Ursachen usw., — sie alle verfolgen keinen anderen Zweck als den, vermittelt der Sozialisierung, das Individuum im Interesse des Gesamt-Organismus auf einen höheren Standpunkt zu stellen.

Trotz des Artikels 21 der Menschenrechte (24. Juni 1793), welcher zum Grundsatz erhob — *les secours publics sont une dette sacrée; la société doit la subsistance aux citoyens malheureux soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à eux qui sont hors d'état de travailler* — enthalten sich die Länder, einschließlich Frankreichs, der Verwirklichung der dort aufgezählten subjektiven Rechte. Der Konvent genehmigte in der Zeit vom 28. Juni bis 8. Juli 1793, ein Dekret, das sich auf die Gewährung von Unterstützungen an Minderjährige, Gebrechliche und Mittellose bezog, und deren Maßregeln sich darauf erstreckten, den Waisen, welche vor dem Tode ihres Vaters nur von seiner Arbeit lebten, eine Pension bis zum 12. Jahre auszuzahlen, und welche die physische und moralische Erziehung der verwahrlosten Kinder im Auge hatten. Aber die Durchführung der erwähnten Maßnahmen wurde durch die politischen Ereignisse verhindert, und im Jahre 1900 erst trat Ungarn mit einem wirklichen System des Kinderschutzes auf, das von dem Staate ausgeübt wird. Warum wird nun dem Kinde ein Recht verliehen? Wird es in der Bedeutung, welche wir dem Worte „Gelten“ beilegen, zur Geltung gebracht? Dort stellt der Wert den Wert des Gesamtorganismus vor, die Intervention des Rechtes in seiner primitiven Bedeutung; das Individuum verteidigt sich, das im Begriffe steht, zur Geltung zu gelangen, das heißt, es verteidigt sich die *species*, und mit dieser Verteidigung dient sie dem Ganzen, der Gattung, der Nation, den allgemeinen

und erhabenen Fortschritten des Lebens und der Kultur. In den Handlungen des Menschen, die sich auf die unmittelbare Befriedigung richten, ist der Egoismus verborgen; aber es gibt einen Familienegoismus, einen nationalen Egoismus usw., welche altruistische Formen darstellen, wenn wir sie mit den niederen Formen vergleichen. Verallgemeinern heißt emporsteigen, überlegen sein.

Wenn sich die Bedürfnisse verändern, beginnen die politischen und sozialen Kämpfe; die gesamte neue Ordnung baut sich auf der früheren auf, die weiter bestehen bleibt, neben dem neuen Element, welches die Form bildet, die von den die Veranlassung dazu gebenden Bedürfnissen der Veränderung hervorgebracht wurde. Demnach sind alle sozialen Probleme als Rechtsprobleme zu betrachten, selbst wenn das Rechtsphänomen nicht das Hauptereignis des Lebens bilden sollte. Je schneller und genauer sich der Gesetzgeber unterrichtet (und wir nehmen nicht bloß auf die politischen Versammlungen Bezug) und den in die Augen springenden Bedürfnissen abhilft, um so dauerhafter ist das soziale Gleichgewicht und um so besser entfaltet sich der mittlere Ausdruck der allgemeinen Zufriedenheit. Zu diesem Zwecke wird er sich drei Klassen von Maßnahmen oder diejenigen nutzbar machen, die an und für sich für die Erhaltung des Gleichgewichts ausreichen, — eine Sache, die nicht immer mit der Erhaltung des nämlichen Zustandes der Dinge übereinstimmt: also solche einschneidenden Maßregeln, die sich für die Gesamtheit, für den Gesamtorganismus vorteilhaft erweisen, andere, die das Volk einer oder vieler Klassen im Auge haben (Privilegium) und endlich noch — die negativen (vollständige oder teilweise Enthaltung) oder, genauer ausgedrückt, der Individualismus. Einige folgen aufeinander in einer historischen Reihenfolge; andere bestehen nebeneinander. Aber es zieht sich ein feiner, leitender Faden hindurch, der dem Menschen die Bedeutung der sozialen Entwicklung nachzuweisen vermag und ihm als Führer bei der Beobachtung der Tatsachen und bei der Tätigkeit dienen kann, die er zufällig in den Ereignissen auszuüben behauptet. Unter diesem Gesichtspunkt stellt das soziale Problem — und es könnte auch nicht aufhören, das zu sein — ein ernstes Problem der Pädagogik vor.

Viele gesetzliche Vorsichtsmaßregeln des Zeitraumes, der sich vom XIV. bis zum XVIII. Jahrhundert erstreckt, würden heute ihren Zweck verfehlen: erstens weil sie die Sitten unberücksichtigt lassen, oder weil die eigene Initiative oder Vorsicht sie ersetzt. Die alten französischen Bestimmungen über das Ammenwesen mögen als Beispiel dienen. Heute besteht das, was man in

dieser Hinsicht verlangt, in einer persönlichen, ärztlichen Beglaubigung, welche die Vorsichtsmaßregeln von damals entbehrlich macht, sie jedoch weder als töricht, noch harmlos bezeichnet, wie z. B. das Verbot, daß dieselben Ammen, in demselben Jahre, zweimal einen neuen Dienstvertrag eingingen (Verordnungen des Königs Johann vom 30. Januar 1350), das Verbot, das Kind während der Nacht in dasselbe Bett zu legen (Polizeiverordnung vom 17. Juli 1762). Das Recht versuchte die Mängel in der Anpassung abzustellen, bis sich die Stimme J. J. Rousseaus erhob, der die mütterliche Ernährung statt der durch gemietete Personen erfolgenden forderte, das heißt, die Anpassung, das Wiederaufleben der Gebräuche, die er in einem rühmenswerten Buche verteidigt hat. An die Stelle des aufgezwungenen Rechtes trat das Formen-Recht, das keiner Regelung oder Verordnung bedurfte. Aber die Mängel in der Anpassung wiederholten sich, und demnach trat auch die Notwendigkeit einer Intervention des berichtigenden Rechtes ein; und in dem Maße, in welchem die zeitgenössische Geschichte weiter fortschreitet, sieht man die Frau sich jedesmal mehr und mehr der Pflicht entziehen, welche ihr die Moralisten aller Zeiten zuweisen; trotzdem wird das berichtigende Recht zum Formen-Recht gelangen, infolge der bewerkstelligten Anpassung, wenn diese auch in einem von der ursprünglichen Intervention abweichenden Sinne erfolgen sollte, und der an die Stelle des individuellen und gedungenen Ersatzes tretende soziale Ersatz wird den Interessen des Neugeborenen und des Weibes Rechnung tragen, weil er sich für den Gesamtorganismus vorteilhafter erweisen wird.

In der Gegenwart stellt das Recht die Mängel in der Anpassung ab und dient unmittelbar dem Kampfe ums Dasein, wofür nicht dieses eine einfache Form unbewußter Anpassung bildet. Aber zuweilen, und das ereignet sich nicht selten, sorgt es für die Bedürfnisse, die sich nur mittelbar abstellen lassen: seine Wirkungen liegen in der Zukunft. In dem einen und in dem anderen Falle jedoch sucht das Geschick für die Tage, welche demselben Geschlecht zukommen oder dem folgenden Geschlecht zuteil werden sollen, nach einem weniger beschwerlichen, weniger mühsamen Material, welches die Grundlinie des moralischen, ökonomischen und juristischen Fortschrittes des Menschen entwirft. Die Intervention der Intelligenz, der Gelehrsamkeit stellt eine transzendente Form der Anpassung vor, bildet aber nichtsdestoweniger eine Anpassung; es handelt sich um einen Unterschied des Grades, aber nicht der Substanz. Wie käme der Mensch wohl dazu, sich, ohne sie zu kennen, gegen Parasiten, gegen den Regen, gegen Verbrechen usw. zu schützen? Mit

Hilfe des Instinkts hat er die Höhlen aufgesucht, aber durch die Intelligenz ist er imstande, die Elektrizität zu entdecken und die drahtlose Telegraphie zu erfinden; in beiden Fällen sind es die äußerlichen Bedingungen, welche seine Anpassung bewirken, und die bakteriologischen, geologischen, astronomischen, ökonomischen und juristischen Forschungen stellen nichts anderes als neue Windungen in der Spirallinie der Anpassung vor.

Bei der Hervorbringung der Gesetze ereignen sich beklagenswerte Irrtümer, aber solche lassen sich auch in der Anpassung der anderen Tiere und in ihren Instinkten antreffen. Ein Gesetzgeber oder Regierungsleiter, der sämtliche Spiele oder sie allen verbietet, weil das Spiel einigen Personen zum Verderben gereichte, oder der sämtliche Zweige der Industrie gewaltsam fördern will, weil das Land, wie er wohl weiß, vermittelt einiger von ihnen zum Reichtum gelangt ist, gleicht dem Barsche, der alle glänzenden Gegenstände zu ergreifen versucht, weil ja auch die Fischlein, von denen er sich ernährt, einen strahlenden Glanz verbreiten, — oder dem Stiere, der brüllend mit den Hörnern gegen die Erde stößt, weil er auf dem Erdboden den Blutstreifen erblickt hat. Durch die Erforschung der Instinkte wird es uns möglich, den Beweis für die Rückständigkeit und, drücken wir uns besser aus, für die relative Primitivität der politischen Organisation des Menschen beizubringen: jene Irrtümer sind den Instinkten eigentümlich und lassen sich erst mit dem Erwachen der Intelligenz abstellen. Hartmann definierte den Instinkt als den intelligenten Willen der Umwelt zu einem unbewußterweise gewollten Zweck; ohne die vollkommene Genauigkeit in der Art und Weise des Definierens anzuerkennen, wollen wir uns ihrer bedienen, um zu erklären: die Intelligenz strebt nach der Beseitigung der Unkenntnis des Zweckes. Im Laufe der Zeit, während welcher das Organ, die nicht an die Öffentlichkeit tretende Form der Funktion, des Inhaltes, fortbesteht, bildet alles, was man wahrnimmt, eine zufällige und einfache Äußerlichkeit, den Brauch, welcher das hervorbringt, was Réville als Anästhesie des Bewußtseins bezeichnete, — den sozialen Somnambulismus Tardes.

Bei der Anpassung werden in fortschreitender Weise die Schmarotzer ausgeschieden. Aber ihre Ausscheidung hat das soziale und nicht das individuelle Ziel der Produktion zur Folge, weil sie der Unvollkommenheit des anpassenden Prozesses im kapitalistischen System ihr Entstehen verdanken. In Frankreich zum Beispiel wird das Schmarotzertum nach den allgemein zugegebenen Daten auf ungefähr 40 Prozent berechnet; es ist demnach zu einer Funktion der ökonomischen Umwelt geworden,

und es läßt sich nicht leugnen, daß es in der Künstelei früherer Regierungen, die sich noch in der neuen sozialen Ära fortsetzt, seinen Ursprung findet.

Die heute bestehenden Verhältnisse des Individuums haben sich im allgemeinen im Hinblick auf die vergangenen Jahrhunderte unstreitig gebessert: die Lebensweise hat sich einheitlicher gestaltet, weil alle, eine Ausnahme bildenden Lebensweisen darauf abzielen, sich zu verallgemeinern; die Proletariatswohnungen gleichen den Wohnungen des Mittelalters und der uns zunächstliegenden Jahrhunderte, oder sind sogar besser als diese, weil die Könige selbst über keine großen Einkünfte verfügten: Ludwig IV. fror empfindlich in den königlichen Gemächern, und die Könige von Portugal wohnten in mit Stroh gedeckten Häusern; die Verkehrsmittel (Fernsprecher, Telegraph, Eisenbahnen usw.) sind verallgemeinert worden und für alle bestimmt, obgleich sich noch offenkundig ungerechte Privilegien einer unvolkommenen politischen Anpassung an das demokratische Leben geltend machen, wie das mit der besonderen Telegraphentaxe für Kongreßmitglieder der Fall ist und in Brasilien geschieht; es gibt eine Verallgemeinerung der geistigen Bedürfnisse; der Mann aus dem Volke liest ebensoviel oder noch mehr als der Kapitalist; Zutritt zu den Wissenschaften, zu den wissenschaftlichen Methoden wird gewährt, sei es nun auf Grund einer allgemein durchgeführten Volksbildung (sozialistische Maßregel) oder dank der Unentgeltlichkeit der Kurse, dank des niedrigen Preises der Bücher, Instrumente usw.

Unter solchen Umständen mußte sich auch ein neues Recht gestalten. Stellet euch eine Gesellschaft vor, in welcher das künstlerische Vorurteil von großem Gewicht ist, verallgemeinert dieses Vorurteil und es werden sich die Berufsgenossenschaften, die Museen erheben, ebenso wie, je mehr sich die Bestrebungen und Bedürfnisse läutern, das Recht auf die Schönheit zur Geltung gelangt, auf welches Pareto anspielte.

In dem Kampfe wider die Ausbeutung gelangt die systematische Verminderung der Arbeit zum Ausdruck, der Streik, „grève perlée“ bei den Franzosen genannt, der zwei Zwecken dient: den Gewinn der Arbeitgeber zu verringern und den Proletarier zu stärken. Es ist der „modus vivendi“, das Formen-Recht, das zur Durchführung gelangt, weil das berichtigende Recht nicht rechtzeitig eingegriffen hat. Wenn die Arbeiter an jenen Gewinnen beteiligt gewesen wären, würden sie nicht in die Notlage versetzt werden, das aufzuopfern, was ihnen zum Teil zukommen sollte. In solchen Augenblicken ist die Induktion des Gesetzgebers an-

gebracht; wenn er nicht vermittelnd eingreift, führt die soziale Materie selbst die Frage des Gleichgewichtes einer Lösung entgegen. Wenn ich die Hand auf die Wage lege, deren Zeiger im Schwingen begriffen ist, wird er natürlich stillstehen müssen; aber wenn ich ihn sich selbst überlasse, wird er in den Schwingungen fortfahren, bis die Ursachen des Schwankens schwinden. Unglücklicherweise können jedoch in der Gesellschaft solche Kräfte an Stärke gewinnen und der Zustand der Ruhe wird illusorisch erscheinen. Es unterliegt keinem Zweifel, daß ein großer Teil von der Tätigkeit des modernen Staates im Sinne der Sozialisierung durchgeführt wird (allgemeiner und unentgeltlicher öffentlicher Unterricht, öffentliche Bauten, wie Brücken, Tunnelanlagen usw.) und dafür werden beträchtliche Posten in den Budgets angewiesen, das heißt, mehr als die ihn charakterisierende protektionistische, politische Funktion benötigen würde. Es gilt, bald unmittelbar, bald mittelbar, die unregelmäßigen und ergänzenden Quellen aufzufinden, mit Hilfe der Nachahmung des fremden Rechtes, welche die unmittelbare Rechtsfindung nur verzögert. Davon überzeugt, daß das Recht eine Form bildet, und daß ohne dasselbe die ökonomischen Verhältnisse ohne Bestand sind, widersetzen sich die daran Beteiligten jeder radikalen Reformbestrebung, wie — und das Beispiel ist typisch — derjenigen des Erbrechtes, welches der größte Urheber der sozialen Ungerechtigkeit ist; aber es bleibt ihnen verborgen, daß es ein überzeugend wirkendes Recht und ein anderes, aufgezwungenes Recht gibt, und daß die individuellen Resolutionen und Oppositionen jenem kein Hindernis bereiten, weil es sich in den Tatsachen vollzieht. Und wir sehen alsdann, wie das Übel das Heilmittel hervorbringt, ein für sämtliche Organismen geltendes Gesetz und eine physiologische Erklärung des Schmerzes: um die Ruhelosigkeit der dulddenden Massen zu mildern, wird mit hygienischen Hilfeleistungen begonnen, mit Erleichterung des Verkehrs usw., der Geldbedarf gestaltet sich zu einer Notwendigkeit, und man nimmt zu Steuern, einschließlich der des Nachlasses, seine Zuflucht. Dann macht sich die schädliche Wirkung des Schmarotzertums geltend: der große Betrag, der von den Zinsen, von den Maßnahmen eines fürsorglichen Fleißes, von der Müheverwaltung herrührt, steht im Begriffe, nur zum Teil der politischen Vereinbarung zu dienen, welche den unveränderlichen Bestand des individuellen Eigentums im Auge hat, dessen Verteidigung den leitenden Hauptgedanken des modernen Staates bildet; das Schmarotzertum saugt den größten Teil davon in sich auf. Andere Lasten ruhen schwer auf der individualistischen Einrichtung und sie erscheint uns als eine verfallende Zitadelle, welche ihre

Waffen zur Verteidigung und zum Angriff bereit hält, welcher aber das Pulver und die Kugeln fehlen.

Im IV. Kapitel meines Systems³⁶⁾ hatten wir Gelegenheit, die Übereinstimmung zwischen den juristischen Systemen und den sozialen Kreisen nachzuweisen: durch diese ergänzt, treten jene auf. Das Individuum wird von dem gewaltigen Wirbel des Gesetzes der großen Zahlen verschlungen.

Wenn wir in graphischer Weise die an einem gewissen Geiste bewerkstelligten Anpassungen bezeichnen könnten, bei einem Geiste, dessen Gestaltung nach dem gegebenen Augenblick und nach den aufeinanderfolgenden Erscheinungsformen in Erwägung gezogen wurde, würde sein Asehen weit veränderter erscheinen als das einer aus Brotkrumen bestehenden, andauernd gekneteten Kugel. Um ihn für die Menschheit, für den neuen Typus des Gesamtorganismus zu vervollkommen, muß das Individuum auf die Ideen und auf die Gewohnheiten verzichten, welche ihn vordem, während der Existenz des Stammes, des Bürgertums und der ausschließlichen Unterwerfung unter die Volksgemeinschaft, beinahe gänzlich für sich in Anspruch nahmen. Es gilt, langsam, aber mit aller Bestimmtheit, die Kleidungsstücke zu wechseln; ein jeder von uns ist schon mehr oder weniger Weltbürger. Die Menschlichkeit offenbart sich in den Handlungen, in den Gebärden, in den Vorlesungen, in den individuellen Vorzügen, wie auch in den praktischen Tugenden, in der Auffassungsgabe, in den Gestaltungen des Idealen, in den äußerlichen Kundgebungen der Empfindsamkeit und in dem tiefen Schweigen der Seele, diesem so unentbehrlichen Prologe der Erfüllung großer Verheißungen.

Der politische Endzweck des Rechts muß in der Verwirklichung eines möglichst großen Betrages an Nutzen für den Kollektivkörper bestehen. Edgeworth ging von der Meßbarkeit der Freuden aus (*just perceivable increments of pleasure are equateable*) und formulierte die nachstehende Schlußfolgerung, welche für den Juristen nicht des Interesse entbehrt und einen theoretischen und praktischen Wert besitzt: das denkbar größte Glück der Gesamtheit gleicht dem denkbar größten Werte des Integrals $\int \int \int dp \, dn \, dt$ (in welchem dp der geringeren Quantität an wahrnehmbarer Zufriedenheit entspricht, dn — der eines empfindenden Individuums, dt — der eines Elements der Zeit gleicht), wobei 0 und ∞ die Grenzen der Integration bezüglich der Zeit bilden, Gegenwart und Zukunft unbestimmt bleiben und die übrigen Grenzen veränderlich sind und durch die Berechnung

³⁶⁾ Pontes de Miranda, *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Rio de Janeiro 1922, 2 Bände.

der Veränderung bestimmt werden³⁷⁾. Wie sehr auch Irving Fisher eine solche hinterlistige Einschmuggelung der Psychologie in die Ökonomie tadelte³⁸⁾, der erläuternde, bahnbrechende Wert des mathematischen Gedankens von Edgeworth läßt sich nicht bestreiten; und in der politischen Materie muß alles, was zu dem Erforderlichen beitragen kann, in sorgfältiger Weise verwertet werden. Für das Recht sind alle Beziehungspunkte vortrefflich geeignet, hauptsächlich aber jene, welche, wenn auch noch in einer symbolischen Weise, eine objektive Bedeutung besitzen und sich im Sinne der wissenschaftlichen Fortschritte bewegen.

Anstatt in der Ökonomie von ökonomischen Phänomenen konkreter, notwendigerweise unbestimmter Grundformen zu reden (freier Wettbewerb, Monopole usw.), hielt sie Vilfredo Pareto, von der Schule zu Lausanne, für drei abstrakte Typen von genau bestimmbar mathematischen Kennzeichen: wenn das Einzelwesen den Kaufpreis anerkennt und sich nur von seinem Geschmack leiten läßt, erhält man den ersten Typus; wenn man die Verkaufsbedingungen abzuändern sucht, kommt der zweite zum Vorschein (Monopol, ausgeübt seitens des Individuums oder seitens der Gruppen); schließlich gibt es noch den dritten Typus, jenen, der die Gesamtheit des ökonomischen Phänomens zu organisieren bestrebt ist, so daß der höchste Grad des Wohlbefindens für alle diejenigen angestrebt wird, welche etwas von ihm an sich haben³⁹⁾. „Il y a deux problèmes à résoudre pour procurer le maximum de bien-être à une collectivité. Il faut d'abord fixer les règles de distribution quo'n juge à propos d'établir. La solution de ce problème est principalement du domaine de la sociologie. Ces règles de distribution étant adoptées, on peut rechercher quelle position donné, toujours en suivant ces règles, le plus grand bien-être possible aux individus de la collectivité.”

Es ergeben sich demnach für die Förderung des menschlichen Wohlbefindens zwei Probleme: das der *Form*, der juristischen Organisation, und das ökonomische der *Substanz*.

Die Ungleichheit, das Wohl der einen und das Übel der anderen, ist nicht imstande, irgendwie zu dem Glücksgefühl

³⁷⁾ F. J. Edgeworth, *Mathematical Psychics*, London 1881, S. 57, 59, 99.

³⁸⁾ Irving Fisher, *Mathematical Investigations in the Theory of Value and Prices*, Auszug aus den *Transactions of the Connecticut Academy*, Bd. IX (Juli 1892), Vorrede, S. 4 und 5. Glücklicher als die Vorstellung Edgeworths von dem Gesamtnutzen ist die Auffassung Paretos, der die individuellen Vorteile als heterogene und nicht durch Summen ausdrückbar betrachtet.

³⁹⁾ Vilfredo Pareto, *Manuel d'économie politique*, Paris 1909, § 49, S. 111.

irgend eines Individuums beizutragen; mit dem Leiden der einen Klasse ist die drohende Gefahr einer Abnahme des Überflusses bei der anderen verbunden. Das Glück kann, in sozialer Hinsicht, nur in dem Gleichgewicht bestehen, weil es in der Soziologie, wie in der Physik, eine Gleichwertigkeit zwischen der Handlung und der Reaktion gibt: ebenso wie sich der höchste Grad der Zufriedenheit bei dem einen, ohne die Zufriedenheit der anderen, denken läßt, ebenso undenkbar erscheint das Vorhandensein des geringsten Grades von Furcht, Unbeständigkeit, Kummer, in dem Leiden der anderen Individuen. Hierzu zog die mathematische Ökonomie die einfachsten und bedeutsamsten Schlußfolgerungen. Das Gleichgewicht ist nur möglich, wenn alle produzieren, damit alle etwas haben; und dieses geschieht in einer um so ausführbareren Weise, je mehr auf die Verschiedenheit der Fähigkeiten und der Neigungen Rücksicht genommen wird, bis sich die individuellen Anzeichen des Nutzens zu heterogenen Quantitäten gestalten, — und die Unmeßbarkeit wird durch das Argument gerechtfertigt, das in einem Briefe Poincarés an Walras enthalten ist, in welchem er versicherte, daß man nicht von der mathematischen Spekulation die nicht meßbaren Größen ausschließen dürfe. „La température par exemple (au moins jusqu'à avènement de la thermodynamique qui a donné un sens au mot température absolue), était une grandeur non-mesurable. C'est arbitrairement qu'on la définissait et la mesurait par la dilatation du mercure. On aurait pu tout aussi légitimement la définir par la dilatation de tout autre corps et la mesurer par une fonction quelconque de cette dilatation pourvu que cette fonction fût constamment croissante. De même ici, vous pouvez définir la satisfaction par une fonction arbitraire, pourvu que cette fonction croisse toujours en même temps que la satisfaction qu'elle représente.“ Das sind beherzigenswerte Worte, welche in unseren Tagen, als der Ausdruck der größten intellektuellen Bewegung in der Menschheitsgeschichte überall Widerhall finden.

Die normale durchschnittliche Zufriedenheit der Menschheit kann von der Wissenschaft erreicht werden: die Programme zu ihrer Erlangung stellen ein Problem der Berechnung vor. Die Mittel zu ihrer Durchführung hängen von dem Grade unseres Wissens und unserer Moralität ab. —

Rechtslogismus und Rechtssoziologie in ihrer Stellung zum Problem der Rechtsgeltung.

Von

Landgerichtsrat Dr. **Friedrich Darmstaedter**, Mannheim.

I.

Georg Jellinek lehrt in seiner „Allgemeinen Staatslehre“¹⁾, daß es „zwei Gesichtspunkte“ sind, „unter denen der Staat betrachtet werden kann. Der Staat ist einmal gesellschaftliches Gebilde, sodann rechtliche Institution. Die allgemeine Staatslehre insbesondere hat demnach zwei Abteilungen: die allgemeine Soziallehre des Staates und die allgemeine Staatslehre . . .“ Diese Unterscheidung „ist in dem Unterschied der Methoden begründet, die in beiden Gebieten herrschen . . .“ Es wird „das gesellschaftliche Wesen des Staates mittels der in den historischen und Sozialwissenschaften geltenden Methoden, das rechtliche Wesen hingegen mit der juristischen Methode erkannt“²⁾. Die juristische Methode ist die Methode der Normwissenschaften. Denn „die Staatsrechtslehre ist Normwissenschaft“ im Gegensatz zur sozialen Staatslehre als einer Kausal- oder Seinswissenschaft. „Ihre Normen sind von den Aussagen über das Sein des Staates als sozialer Erscheinung scharf zu trennen. . . .“ Aber nicht nur auf den Unterschied der beiden Zweige der Staatslehre weist Jellinek hin. Er betont auch ihren Zusammenhang (ebenda S. 12), denn dessen Erkenntnis sei berufen „einem zwiefachen, folgeschweren Irrtum vorzubeugen: dem Glauben, daß die einzige richtige Erklärungsart des Staates die soziologische, historische, politische: kurz die nichtjuristische sei, und der entgegengesetzten Überzeugung, daß der Jurist allein dazu berufen sei, mit seinen Forschungsmitteln alle Rätsel zu lösen, die mit den staatlichen Phänomenen verknüpft sind. . . . Für die ersprießliche Untersuchung der staatsrechtlichen Probleme ist die Erkenntnis des

¹⁾ 3. A., Berlin 1914, S. 11 ff. Ähnlich auch Kistiakowski „Gesellschaft und Einzelwesen“, Berlin 1899, S. 59 ff. „Der Staat . . . als Subjekt der Rechte . . . ist etwas Grundverschiedenes vom Staate im Sinne einer Gesellschaft . . . der Menschen selbst.“

²⁾ Jellinek ebenda S. 41/42. Dieser Unterschied hat gewisse, nicht eindeutige Beziehungen zu Wilhelm Windelbands Unterscheidung in idiographische und nomothetische Wissenschaften. („Präludien“ 4. A., Tübingen 1911, Bd. II S. 145.) Vgl. auch Heinrich Rickerts „Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung“, 2. A., Tübingen 1913, S. 185 ff., dazu Jellinek selbst c. 1 S. 7 Anm. 1.

Zusammenhanges von sozialer Staatslehre und Staatsrechtslehre von der höchsten Bedeutung.“

Gerade gegen diese letztere Auffassung wendet sich ein Gelehrter, der seine methodologische und sachliche Auffassung von Recht und Staat im übrigen von Jellinek herleitet: Hans Kelsen. Er sieht³⁾ in Jellineks Vorstellung, „daß der Staat als ein und dasselbe Objekt das eine Mal als Gegenstand der Soziallehre oder Soziologie, das andere Mal als Objekt der Rechtswissenschaft, die als solche Staatslehre ist“, einen „fundamentalen Irrtum“. „Die Identität des Erkenntnisobjektes ist bedingt durch die Identität der Erkenntnis-Methode! Eine prinzipiell andere Betrachtungsweise hat einen prinzipiell anderen Gegenstand zur Folge . . . Und so könnte — gäbe es ein als „Staat“ zu bezeichnendes Objekt der Soziologie — dieser soziale Staat für die juristische Erkenntnis überhaupt nicht in Betracht kommen . . . Es ist“, meint Kelsen, „fast unbegreiflich, wie Jellinek, der sein ganzes System auf den Dualismus von Sein und Sollen aufbaut . . ., der die scharfe Scheidung von normativ-juristischer und explikativ-soziologischer Methode fordert, zugleich einen vom juristischen verschiedenen, sozialen Begriff des Staates für möglich halten . . . kann.“

Die Durchführung des methodologischen Unterschiedes, welchen er hier bei Jellinek vermißt, versucht Kelsen selbst zu vollziehen, und zwar nicht nur für die Staatslehre allein, sondern für die Rechtslehre schlechthin. Sein grundlegendes Werk weist in dem Obertitel „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“⁴⁾ auf den Zusammenhang mit Jellineks Unterscheidung hin, in dem Untertitel „entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatze“, findet die Erstreckung auf die gesamte Rechtslehre ihren Ausdruck. Für Kelsen liegt die Bedeutung der methodologischen Frage gerade nicht darin, den Weg zu den Gegenständen wissenschaftlicher Forschung zu ermitteln. Er sieht deren Wert gerade umgekehrt in der Gestaltung dieser Gegenstände selbst begründet. Es sollen nämlich „die Grenzgebiete jener Disziplinen, die in bezug auf ihren Gegenstand miteinander in Berührung stehen, durch die Verschiedenheit der Betrachtungsweise voneinander getrennt“ werden und getrennt gehalten werden.

³⁾ „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht.“ Tübingen 1922. S. 115/116.

⁴⁾ 1. A., Tübingen 1911. Die Zitierungen erfolgen nach der ersten Auflage. Es handelt sich für unsere Stellungnahme nicht um die Kritik eines Werkes oder eines Gelehrten, sondern um die Charakterisierung einer wissenschaftlichen Richtung, und für diese ist gerade die erste Auflage des Buches grundlegend geworden.

Es soll durch die Isolierung der Methoden „die Fixierung oder Wiederherstellung der in letzter Zeit sehr zum Schaden der Rechtswissenschaft verschobenen und vermischten Grenzlinien gegenüber der Psychologie und Soziologie“ wiederum erreicht werden. Dem Juristen muß durch die Methode zu Bewußtsein gebracht werden, daß „er die Welt des Seins und des Sollens in seinen Begriffen nicht verbinden kann und sich darum entscheiden muß, ob er als Soziologe und Psychologe das tatsächliche Geschehen, das Handeln der Menschen erklären, oder die Rechtsnormen erfassen, ob er seine Begriffe aus der einen oder aus der anderen Welt abstrahieren will . . .“ (ebenda Vorrede S. IV ffg.).

Diese Ausführungen besagen nicht weniger, als daß es eine „allgemeine Soziallehre“ des Staates und des Rechts überhaupt nicht gibt. Sie verschließen Staat und Recht jeglicher Soziallehre und Soziologie und schließen die Soziologie von der Untersuchung des Staates und Rechtes aus. Diese Abweisung war durchaus kein Stoß in die leere Luft, sondern fand einen Gegner vor, der zu Abwehr und Kampf nicht unvorbereitet war. Er gab denn auch bald eine entsprechende Antwort.

Die neuere deutsche Soziologie — weiter auszugreifen ist weder geboten noch bei dem verfügbaren Raum zulässig — hat stets die Erörterung rechtlicher Probleme in ihren Aufgabenkreis einbezogen und ihre eigene Behandlung dieser Probleme nur als eine einzelne unter mehreren möglichen angesehen. Georg Simmel erklärt in seiner „Soziologie“⁵⁾ diese Wissenschaft als „eine neue Methode, ein Hilfsmittel der Forschung, um den Erscheinungen . . . auf einem neuen Wege beizukommen“. Er sagt ausdrücklich, daß zur Legitimation der Soziologie „als einer neuen Wissenschaft nicht die Entdeckung eines, seiner Existenz nach bisher unbekannten Gegenstandes gehöre,“ sondern nur erforderlich sei, „daß die gesellschaftlich-geschichtlichen Gegebenheiten einer neuen Abstraktion und Zusammenordnung unterworfen werden . . .“ Ferner aber läßt die Art, wie Simmel gelegentlich über das Recht spricht (vgl. ebenda z. B. S. 454 ffg.), erkennen, daß er in einer Rechtssoziologie eine einzelne Betrachtungsweise rechtlicher Probleme unter mehreren möglichen sieht.

Nummehr aber verläßt die Rechtssoziologie ihre Indifferenz gegenüber dem Verhalten der anderen Betrachtungsweise rechtlicher Probleme. Sie stellt sich dem Angriffe von seiten des durch Kelsen vertretenen Rechtslogismus und tritt zum Gegenangriffe

⁵⁾ Leipzig 1908. S. 3f. Dazu Wilhelm Sauer „Grundlagen der Gesellschaft“, Berlin-Grunewald 1924, S. 93 ff., 109 ff.

an. Hat der Rechtslogismus einer Rechtssoziologie das Daseinsrecht abgesprochen, so äußert jetzt die Rechtssoziologie ihrerseits Bedenken gegen die wissenschaftliche Berechtigung des Rechtslogismus. In seiner „Soziologie des Rechts“⁶⁾ sagt Franz W. Jerusalem, indem er die von ihm vertretene „Methode der reinen Gegenständlichkeit“ darlegt und als die „Soziologie des Rechts“ begründet: „Mehr und mehr traten in der Rechtswissenschaft Ergebnisse rein gegenständlicher Betrachtung auf. Damit aber wurde ein Widerspruch in sie hineingetragen, der zum ersten Male von Hans Kelsen gesehen wurde. Aber er sah . . . nicht, daß sich mit diesem „Soziologischen und Psychologischen“ innerhalb der Rechtswissenschaft eine neue Methode vorbereitete, die lediglich von der bisherigen Methode loszulösen und selbständig zu machen war. . . . Es ist die Methode der (rückständigen und zu überwindenden) zuständlichen Gegenständlichkeit, die in Kelsen noch einmal den Versuch macht, sich in ihrer Herrschaft gegenüber einer neuen Zeit zu behaupten.“ Im Gegensatze zu Kelsen handelt es sich darum, „in der Rechtswissenschaft die Methode der reinen Gegenständlichkeit zur Geltung zu bringen.“

II.

Es ist also die Frage der Gegenständlichkeit des Rechtes, auf welche die Rechtssoziologie den Gegensatz zwischen ihr und dem Rechtslogismus zurückführt. Hierin sieht sie den entscheidenden Unterschied zwischen ihr selbst und ihrem Gegner.

Wie steht es nun mit der Gegenständlichkeit des Rechtes, dem Rechte als Gegenstand?

Wenn man von einem Etwas sagt, es sei ein Gegenstand, ein Objekt, so setzt man es zu einem anderen Etwas als zu einem Subjekt in Beziehung. „Unter einem ‚Gegenstand‘ darf man zunächst nichts anderes verstehen, als das, was dem Subjekt als etwas von ihm Unabhängiges entgegensteht“, so beginnt Heinrich Rickert sein Werk über den „Gegenstand der Erkenntnis“⁷⁾. Nur das, was einem Subjekte gegenübersteht, ist Gegenstand. Dieses Gegenüberstehen von Subjekt und Objekt ist die „Grundtatsache, die als die allgemeinste Voraussetzung aller Erfahrung und aller Praxis, aller Spekulation des Denkens und aller Lust und Qual des Erlebens gelten“ kann⁸⁾. Ist nun aber auch a l l e s, was dem Subjekte gegenübersteht, Objekt? Verleiht dieses

⁶⁾ Jena 1925, Vorwort S. IV.

⁷⁾ Tübingen 1915, 3. A. S. 1.

⁸⁾ Georg Simmel „Hauptprobleme der Philosophie“, Leipzig 1910, S. 86. Sauer c. 1 S. 47.

Gegenüberstehen gegenüber dem Subjekte allein und ohne weiteres die Eigenschaft als Gegenstand? Man faßt sehr häufig den Begriff des Objektes enger, nämlich als das „Ding, dem reales Sein oder Wirklichkeit“ zukommt⁹⁾. Gegenstand in diesem Sinne ist das Recht nicht, denn Dinghaftigkeit und reales Sein kommt ihm nicht zu. Aber die Philosophie erkennt diesen engen Begriff des Objektes auch nicht an. Objekt ist ihr „ganz allgemein alles, was vom Subjekt in irgend einer Weise zu unterscheiden ist“. Es gibt insbesondere „auch ideale oder unwirkliche Objekte wie z. B. Zahlen oder geometrische Linien“. Im Sinne einer solchen idealen Gegenständlichkeit hat man auch das Recht als Gegenstand zu bezeichnen. Wo das Recht als solches ideales Gebilde dem Subjekt, also dem Menschen, gegenübersteht, da ist es als Gegenstand gegeben. Aber auch nur bei einem derartigen Gegenüberstehen kann man von dem Rechte als Gegenstand reden.

Daraus aber folgt ohne weiteres, daß nicht alles am Recht, nicht alles Rechtliche Gegenstand ist. Denn es gibt auf das Recht bezügliche Gegebenheiten, welche dem Menschen als Subjekt nicht gegenüberstehen, sondern ihm angehören. Wenn dem Menschen als dem Subjekte das Recht als Gegenstand gegenübersteht, dann kann er sich in ganz bestimmter Weise zu diesem Gegenüberstehen verhalten, er kann das Recht befolgen, es anwenden, er kann seinen Schutz genießen. Auch alle diese Verhaltensweisen hängen offenbar mit dem Rechte aufs engste zusammen. Denn diese Verhaltensweisen sind es, in denen sich das Recht, wenn nicht auswirken muß, so jedenfalls auswirken kann und soll. Aber diese Verhaltensweisen sind nichts, was dem Menschen als dem Subjekt dann gegenständlich gegenübersteht, wenn das Recht sich derart auswirkt. Vielmehr gehören diese Verhaltensweisen alsdann dem Menschen an und sind ihm eingefügt. Bis an die Stelle, wo diese Verhaltensweisen einsetzen, reicht das Recht als Gegenstand hin, aber an eben dieser Stelle hat es auch als Gegenstand sein Aufhören.

Damit aber hat sich uns eine Grenze an dem Recht als Gegenstand gezeigt. Es hat sich uns die Stelle gezeigt, an welcher zwischen dem Recht als Gegenstand und dem Menschen als Subjekt dieses Gegenstandes die Grenze verläuft. Jenseits ihrer

⁹⁾ Heinrich Rickert „Gegenstand der Erkenntnis“ c. 1 S. 15 Anm. 1. Mit dem dort dargelegten „dreifachen Gegensatz des Subjektes zum Objekt“ vergleiche man den bei Oswald Külpe „Einleitung in die Philosophie“ 10. A., Leipzig 1921, S. 61/62, welcher der hier gemeinten Unterscheidung nahesteht.

steht das Recht als Objekt. Ihm stehen diesseits menschliche Verhaltensweisen als Subjektives gegenüber. Diese Grenze läßt sich näher bestimmen. Die genannten subjektiven Momente sind Wirklichkeiten, sind wirkliche Bestandteile wirklichen menschlichen Seelenlebens, sind wirkliche Verhaltensweisen wirklicher Menschen. Daraus aber folgt, daß es ebensoviele solcher Verhaltensweisen geben muß, als es Menschen gibt, die sich ihrer befleißigen. Jedem Menschen kommt seine eigene, von den übrigen Menschen unterschiedene Rechtsbefolgung und Rechtsanwendung, sein besonderer Rechtsgenuß zu. Wenn es eine Mehrzahl von Menschen gibt, die dem Recht ihre Befolgung und Anwendung gewähren, dann muß es auch eine Mehrzahl von Rechtsbefolgungen und Rechtsanwendungen geben.

Anders steht es mit dem Rechte, das als Gegenstand dieser Mehrzahl von Rechtsbefolgungen und Rechtsgenüssen gegenübersteht. Es ist allerdings möglich, daß es ebensoviele Rechte als Gegenstände gibt, wie Rechtsbefolgungen und Rechtsgenüsse bei einer Mehrzahl von Menschen vorliegen, daß jeder von diesen sich auf sein eigenes, besonderes, gegenständliches Recht bezieht. Es ist dies aber auch bloß möglich. Denn die Mehrzahl von Rechtsbefolgungen und Rechtsgenüssen können sich auch auf ein einziges, nämlich Recht als ihren Gegenstand beziehen. Das eben ist das eigentümliche des Rechtes als Gegenstand, daß es als Einziges und Nämliches einer Mehrzahl von Rechtsbefolgungen und Rechtsanwendungen und damit einer Mehrzahl von Menschen als Subjekten gegenüberstehen kann. Während es im Recht notwendig ebensoviel Subjektives an Rechtsbefolgung und Rechtsgenuß geben muß, wie es Menschen als Subjekte gibt, kann die Mehrzahl der Rechtsbefolgungen und Rechtsgenüsse diesem Rechte als einem einzigen und nämlichen Gegenstand gelten. Wie ein einziges körperliches Ding, etwa ein Stuhl, für eine Mehrzahl von Menschen einen nämlichen Wahrnehmungsgegenstand bilden kann, ebenso kann ein einziges Recht als Gegenstand einer Vielzahl von Rechtsbefolgungen und damit einer Vielzahl von Menschen gegenüberstehen.

Was ist es nun, was derart in dem Rechte als Gegenstand den Menschen als Subjekten gegenübersteht? Daß es ein körperliches Ding von körperlicher Wirklichkeit nicht ist, wurde bereits gesagt. Heinrich Rickert hat nun an der von uns zitierten Stelle unter den idealen Gegenständen als Beispiele die Zahl und die geometrische Linie genannt. Diese sind für den Menschen Gegenstände des Wissens. Steht nun auch das Recht dem Menschen als Gegenstand des Wissens gegenüber? Es ist kein

Zweifel, daß das Recht ein Gegenstand des Wissens für den Menschen sein kann, ja sein muß, wenn es ihm gegenständlich werden soll. Ohne ein solches Wissen gibt es für den Menschen ein Recht als Gegenstand nicht. Darüber hinaus gibt es sogar Recht, das für den Menschen überhaupt nichts wesentlich anderes und weiteres als Gegenstand des Wissens sein kann. Man denke nur an zeitlich fernes oder räumlich fremdes Recht. Eine weitere Gegenständlichkeit als die für das Wissen und ein darauf etwa gegründetes Werten kommt einem solchen Recht nicht zu, hierin erschöpft sich seine Eigenschaft als Gegenstand für den Menschen. Aber zu dem zeitlich fernen und räumlich fremden Rechte tritt das gegenwärtige, räumlich zuständige Recht hinzu. Wenn dieses Recht nur Gegenstand des Wissens und Wertens für die Menschen als Subjekte wäre, dann würde gegenüber dem Menschen als Subjekt kein Unterschied bestehen zwischen dem gegenwärtigen, zuständigen Recht und dem zeitlich und räumlich fernen Recht. Das ist aber offenbar nicht richtig. Das Gegenüberstehen des gegenwärtigen, zuständigen Rechtes bedeutet für den Menschen nicht bloß ein von ihm aus gegen den Gegenstand vorgehendes Wissen und Werten, sondern daneben und darüber hinaus auch ein vom Rechte aus auf den Menschen zukommendes Wirken. Gewiß ist auch gegenüber dem gegenwärtigen, zuständigen Rechte ein Wissen und Werten von seiten des Menschen unentbehrlich. Ohne dieses Wissen und Werten ist ein volles Wirken von seiten des Rechtes gar nicht möglich. Aber zum gegenwärtigen, räumlich zuständigen Rechte wird dieser Gegenstand des Wissens und Wertens erst dann, wenn von ihm her ein Wirken auf den Menschen zukommt.

Welches Wirken auf den Menschen ist nun erforderlich, damit ihm als Subjekt ein gegenwärtiges, räumlich zuständiges Recht gegenständlich gegenübersteht, damit — um den üblichen Namen zu gebrauchen — *Rechtsgeltung* vorliegt? Wir wollen dieses Wirken nur insoweit bestimmen, als dies aus dem Begriffe der Rechtsgeltung selbst ohne weiteres möglich ist. Der Sinn eines solchen Wirkens ist offenbar der, daß das Recht geschieht und daß nach geschehenem Unrecht das Recht wieder hergestellt wird. Nun kann das Recht nicht anders geschehen und wiederhergestellt werden, als wenn dieses Geschehen und Wiederherstellen von Menschen ausgeht und an Menschen vollzogen wird. Daß Recht geschieht, wiederhergestellt wird, das heißt, daß Menschen Recht tun und Recht wieder herstellen und daß Menschen des Rechttuns und Rechtwiederherstellens teilhaftig werden. Nur dann, wenn sowohl Menschen jenes Tun und Wieder-

herstellen vornehmen, als auch Menschen dessen teilhaftig werden, geschieht Recht, liegt Rechtsgeltung vor.

Genügt aber diese Vereinigung von Rechtthun des einen und Rechtsgenuß des anderen Menschen für die Rechtsgeltung? Wenn diese beiden Tatsachen für sich allein vorlägen, dann würde dies bedeuten, daß der Rechtsgenuß des einen Menschen in Abhängigkeit steht von dem Rechtthun des anderen Menschen. Der Mensch wäre also in seinem Rechtsgenuß abhängig von der Willkür des anderen Menschen und für jeden Menschen wäre das eigene Rechtthun seiner Willkür anheimgegeben. Aber gerade von dieser Willkür soll die Rechtsgeltung das Rechtthun und den Rechtsgenuß unter den Menschen frei machen. „Das Recht hat die Tendenz, sich mit Zwang durchzusetzen“¹⁰⁾. Rechtsgeltung bedeutet also, daß die Willkür zum Rechtthun einer von außen kommenden Bindung untersteht und daß von der Abhängigkeit im Rechtsgenuß eine von außen kommende Sicherung freimacht. Wenn eine solche äußere Bindung dem rechtthuenden Menschen gegenübersteht, dann wird das Rechtthun zur Rechtspflicht und, wenn eine solche äußere Sicherung dem Rechtsgenuß zusteht, dann wird der Rechtsgenuß zum subjektiven Rechte.

Es stehen also der Gegenständlichkeit des geltenden Rechts zwei Arten von Subjekten gegenüber: Die Pflichtsubjekte und die Rechtssubjekte, und diese Gegenständlichkeit selbst ist zweiseitig, nämlich äußere Bindung gegenüber den Pflichtsubjekten und äußere Sicherung gegenüber den Rechtssubjekten. Nur dadurch aber kann sie äußere Sicherung den Rechtssubjekten bedeuten, daß sie den Pflichtsubjekten äußere Bindung bedeutet und sie muß den Pflichtsubjekten gerade zu dem Zwecke äußere Bindung bedeuten, um den Rechtssubjekten äußere Sicherung sein zu können.

Wie ist nun die derart äußerlich bindende und sicherunggebende Gegenständlichkeit der Rechtsgeltung gestaltet? Zunächst bestehen Rechtssätze, welche darüber bestimmen, was Recht ist, also darüber, wie die Pflichtsubjekte ihrer Rechtspflicht genügen können, und was den Rechtssubjekten an subjektivem Recht zusteht. Sodann müssen Rechtssätze die äußere Bindung der Pflichtsubjekte und damit die äußere Sicherung der Rechtssubjekte bestimmen, d. h. sie müssen regeln, was bei Pflichtverletzung durch die Pflichtsubjekte geschieht, wie also nach geschehenem Unrecht das Recht wiederhergestellt wird. Es wird also die Wiederherstellung des Rechtes gerade so wie das Tun

¹⁰⁾ Sauer c. 1 S. 420.

des Rechtes durch Rechtssätze bestimmt. Mithin muß die Wiederherstellung des Rechtes wie das Recht tun Pflichtsubjekten auferlegt werden. Es muß die Rechtspflicht zum Rechtswiederherstellen ebenso die äußere Bindung erhalten wie die Rechtspflicht zum Recht tun. Nur wenn beide Rechtspflichten diese äußere Bindung erhalten, ist dem Rechtssubjekt die äußere Sicherung seines Rechtsgenusses gegeben.

Dieser Gegenständlichkeit der Rechtsgeltung, welche eine Einheit von äußerer Bindung an Rechtspflichten und äußerer Sicherung von subjektiven Rechten ist, entspricht eine bestimmte Weise der wirklichen Bestandteile des Seelenlebens und des wirklichen Verhaltens der ihr gegenüberstehenden Pflichtsubjekte und Rechtssubjekte. Der äußeren Bindung der Rechtspflicht entspricht der Gehorsam des Pflichtigen sowie die Rechtsbefolgung und Rechtsanwendung. Der äußeren Sicherung des subjektiven Rechtes gehört der Rechtsgenuß des Berechtigten und die Rechtsverfolgung zu.

Auch hier verläuft eine deutliche Grenze zwischen Gegenständlichkeit und subjektiven Momenten. Auf deren einer Seite liegen die Rechtssätze mit ihrer äußeren Bindung und Sicherung, auf der anderen Seite die Rechtspflichten, die gehorsamen Gesinnungen, die Rechtsbefolgungen, sowie die subjektiven Rechte, die Rechtsgenüsse und Rechtsverfolgungen. Ob tatsächlich bei allen wirklichen, der Rechtsgeltung angehörenden Menschen diese Tatsachen vorliegen, interessiert hier nicht. Für uns handelt es sich um die Feststellung, daß sie ihr zugehören. Würden diese subjektiven Momente überhaupt fehlen, so würde Rechtsgeltung ebenso wenig vorliegen, wie wenn die objektiven Momente überhaupt nicht vorhanden wären. Nur das Zusammentreffen beider macht die Rechtsgeltung aus. In der Rechtsgeltung besteht also eine Grenze zwischen subjektiven und objektiven Momenten. Beide Gruppen von Momenten liegen auseinander, zugleich aber liegen sie nebeneinander und berühren sie sich.

III.

Die Darlegungen des vorigen Abschnittes suchten zu zeigen, daß das Moment des Gegenstandes und der Gegenständlichkeit an der Rechtsgeltung der Feststellung sehr wohl bedarf, und daß diese Feststellung uns wichtige Momente an dem Gesamtbilde der Rechtsgeltung aufzeigt. Wenn sich also der Gegensatz zwischen der Rechtssoziologie und dem Rechtslogismus um die Gegenständlichkeit des Rechtes dreht, so ist zu erwarten, daß seine Betrachtung uns einen bedeutsamen Einblick in dessen Wesen verschaffen wird.

Bei der Untersuchung dieses Gegensatzes wollen wir jetzt unseren Ausgang von Hans Kelsens Rechtslogismus nehmen, dem Jerusalem die veraltete Methode zuständlicher Gegenständlichkeit zum Vorwurf macht. Kelsen sieht in Beziehung auf das Recht geradeso wie wir eine tiefgehende Trennung und Unterscheidung. Er charakterisiert diese zunächst als den Unterschied zwischen Sollen und Sein: „Alles Wollen und Handeln ist kein Sollen — im formal-logischen Sinne — sondern ein Sein, ein tatsächliches psychisches oder körperliches, ist der Inhalt eines Sollens, aber nicht dieses Sollen selbst, das nur eine Form ist . . . Das Wollen gehört der Welt des Seins an, ist ein psychisches Geschehen und darum etwas Wesensverschiedenes vom Sollen . . .“ (S. 9/10). Form und Inhalt, mit deren Gegensatz Kelsen den von Sollen und Sein derart zusammenbringt, „sind zwei Kategorien, unter die alle Gegensätze gebracht werden können, und die Einreihung des einen Elementes unter das Prinzip der Form, des anderen unter das Prinzip des Inhaltes bedeutet im Grunde nichts anderes, als die Konstatierung eines vollständigen Gegensatzes zwischen beiden Elementen . . .“¹¹⁾. Dem formellen Sollen des Rechtes kommt Objektivität zu. In der „streng objektiven Bedeutung . . .“, in der das Sollen ganz besonders als formal-logische Kategorie im Gegensatz zum Sein auftritt, kommt es gerade für das Recht und dessen Normen in Betracht . . . Der objektive Charakter des rechtlichen Sollens ist unabhängig von allem Wollen der rechtspflichtigen Subjekte . . .“ (S. 11). Um dieser Objektivität willen ist die Rechtsnorm als heteronome Norm gerade von der sittlichen Norm zu unterscheiden, welch letzterer diese Objektivität fehlt, weil sie „für den Einzelnen nur insofern besteht, als er sich sie selber setzt, sich ihr selber unterwirft, sie befolgen will“ (S. 35). Ein gegenständliches Recht nun, bei welchem ein Sollen das Formelement für das Inhaltselement von realpsychischem Sein, nämlich von Wollen und Handeln der Menschen als der Subjekte dieses Gegenstandes, bildet, ist ein Gedanke, der unserer Anschauung von der Rechtsgeltung nicht durchaus widersprechend wäre.

Aber so wollen Kelsens Ausführungen nicht verstanden werden. Denn Sein und Sollen sind ja in der Rechtslehre Kelsens nicht nur zwei verschiedene Betrachtungsgegenstände, sondern ihnen

¹¹⁾ S. 341/342. So wird denn beispielsweise der Staat als eine Form der Gesellschaft bezeichnet, „die als das substantielle Element, als der Inhalt dieser Form zu denken ist“. (S. 410; ähnlich S. 468.) Hierzu Sauer c. 1 S. 160.

gelten auch zwei verschiedene Betrachtungsweisen, nämlich die kausale, teleologische, materielle, explikative im Gegensatz zur formalen, normativen (S. 57 ff.). Der Jurist darf „die Welt des Seins und die Welt des Sollens in seinen Begriffen nicht verbinden“. (Vorwort S. VIII.) Deshalb darf er diese, als Formelement und Inhaltselement eines einzigen einheitlichen Ganzen tatsächlich verbundenen Welten auch nicht als verbunden und zusammengehörend betrachten.

Darum sagt Kelsen über die Rechtsgeltung: „Die „Norm“ gilt nicht, weil und insofern sie wirkt; ihre Geltung besteht nicht . . . in ihrem tatsächlichen Befolgtwerden . . . Die Norm gilt, sofern sie befolgt werden soll . . . Für die spezifische „Soll“-Geltung der Norm bleibt die Realisierung ihres Zweckes bedeutungslos . . . In der Statuierung eines Sollens, einer Pflicht liegt das spezifische Wesen der Norm . . .“ (S. 14/15). Kelsen gebraucht denn auch fernerhin den Ausdruck „Geltung“ im Zusammenhang mit „formal“ in Wendungen wie: „Der Grund der formalen Geltung des Gesetzes liegt . . . in der äußeren Tatsache, daß es formell gültig erlassen wurde . . .“ (S. 40) und erklärt: „Das Recht ist seiner Geltung nach rein formaler Natur. Und wenn ein Rechtssatz formell — d. i. im Gesetze — besteht, ohne eine tatsächliche Wirkung zu üben, so bleibt dem Juristen nichts anderes übrig, als dessen formelle Existenz — und eine andere hat der Rechtssatz für den Juristen nicht — im Gegensatz zu dem nicht entsprechenden Verhalten der Subjekte zu konstatieren . . . Ein Rechtssatz, der niemals befolgt wird, würde darum nicht aufhören, Rechtssatz zu sein . . .“¹²⁾. Allerdings sagt Kelsen gelegentlich auch einmal: „Unter Geltung der Norm kann man nur die Tatsache verstehen, daß die Norm ein Sollen statuiert, die Fähigkeit hat, Subjekte zu verpflichten, oder — von einem teleologischen Standpunkte aus — daß die Norm tatsächlich befolgt wird, ihren Zweck, motivierend zu wirken, erfüllt“ (S. 259) und macht diese motivierende Wirkung der Rechtsordnung zum Gegenstande der Untersuchung (S. 337)¹³⁾. Man mag hieraus folgern, daß Kelsen doch ein Begriff der Rechtsgeltung vorschwebt, der ein Nebeneinander gegenständlicher und

¹²⁾ S. 49. Daß es sich hier nur um eine einzelne Art von Rechtsgeltung handelt, legt Sauer c. 1 S. 425 richtig dar.

¹³⁾ Man mag Kelsen wegen dieser Betrachtung des von ihm selbst so hart getadelten „Synkretismus der Methoden“ (Vorrede S. V) zeihen. Hierwegen sei auch auf die Ausführungen auf S. 205, 219 verwiesen, wo die Sanktionsbedürftigkeit und Heteronomie des Rechtsgesetzes nur aus dessen Zweck gefolgert wird, eine Tatsache, welche durch alle grundsätzlichen Reservationen nicht beseitigt werden kann.

subjektiver Elemente enthält, wie wir selber dies für richtig halten. Aber diese Äußerung bleibt doch ganz vereinzelt, und die Unterscheidung zwischen den Fragen: „Warum werden die Sätze des positiven Rechtes . . . tatsächlich befolgt resp. angewendet?“ und: „Warum sollen die Rechtssätze befolgt resp. angewendet werden?“ (S. 351) wird auch späterhin nachdrücklich wiederholt und nur die letztere als juristische erklärt.

Deshalb kann man wohl als die eigentliche Formel für Kelsens Anschauung von der Rechtsgeltung folgende Sätze ansehen: „So problematisch es auch sein mag, die Beziehung der Rechtsordnung zum rechtmäßigen Verhalten der Individuen zu fixieren — jedenfalls kann diese Relation für den Juristen nicht in Betracht kommen . . .“ Darum wird es zunächst als „ein schwerer methodischer Fehler“ bezeichnet, wenn der Jurist, um das Wesen der Rechtsordnung juristisch zu erfassen, deren Relation zum rechtmäßigen Verhalten der Masse der Subjekte aufsucht und hierbei eine regelmäßige generelle massenpsychische Wirkung konstatiert“ (S. 54). Dann aber wird ganz allgemein erklärt, „daß das rechtmäßige Verhalten der Untertanen in seinem ganzen Umfange mit einer einzigen, später zu erwähnenden Ausnahme¹⁴⁾ rechtlich irrelevant, weil formell in kein Verhältnis zur Rechtsordnung zu bringen ist. Der ganze unbegrenzte Komplex desjenigen menschlichen Verhaltens, das innerhalb der Rechtsschranken sich vollzieht, ist . . . für die formal-juristische Konstruktion nicht zu erfassen. Das gilt streng genommen auch für jenes Verhalten, das sich als Erfüllung von Rechtspflichten darstellt, und das nur negativ — als Rechtsverletzung mit negativem Vorzeichen gleichsam — rechtlich qualifiziert werden kann . . .“ (S. 497). Diese Auffassung unterstützt Kelsen noch durch seine Unterscheidung zwischen „subjektiver Normbefolgung“ und „objektiv normentsprechendem Verhalten“ (S. 220/1) und folgert aus dieser, wie irrelevant die Motive sind, die zu einem rechtmäßigen Verhalten der Subjekte führen“. Hiermit scheidet Kelsen ohne weiteres aus der Rechtsgeltung aus: all das, was wir als Rechtspflichterfüllung und als Zugehören des subjektiven Rechtes qualifiziert haben.

Was bleibt nun für Kelsens formales Sollen der Rechtsgeltung übrig? Zunächst der Rechtssatz. Der Rechtssatz aber ist ein „hypothetisches Urteil über einen bedingten Willen des Staates“ (S. 212). Die Tatsache, daß „die Rechtssätze Urteile über die bedingte Existenz des Staatswillens sind, darf nicht zu einer Identifizierung der Person des Staates oder deren Willen mit dem unpersönlichen Inbegriff von Urteilen führen, als was sich

¹⁴⁾ Diese Ausnahme ist die Klage actio S. 497.

die Rechtsordnung darstellt¹⁵⁾. Von dieser Rechtsordnung heißt es nun, daß sie nicht „eine Aktion, ein Vorgang, eine Funktion des Staates“ sei, vielmehr wird sie als „eine in Ruhe befindliche, über allen schwebende Rechtsordnung“ bezeichnet (S. 548/9).

Die Sollgeltung dieser über allen schwebenden Rechtsordnung, mit der das rechtmäßige Verhalten der Untertanen überhaupt in kein Verhältnis zu bringen ist, bildet nun allerdings einen himmelweiten Unterschied zu der von uns dargelegten Rechtsgeltung mit ihrem Nebeneinander objektiver und subjektiver Momente. Aber mit der bis jetzt dargelegten Bedeutung ist die formelle Rechtsgeltung für Kelsen keineswegs erschöpft. Denn obwohl Rechtssatz und Rechtsordnung über allen schweben und in ihrer Eigenschaft als Urteil die Identifizierung mit Person und Willen des Staates nicht vertragen, ist doch der Zusammenhang mit diesen ein recht inniger. Es ist nämlich „das objektive Recht Wille des Staates“ (S. 97), „der Rechtssatz beinhaltet Staatswillen“ (S. 106), „der Rechtssatz stellt sich als Ausdruck des Staatswillens dar“ (S. 189), „der Wille des Staates ist in der Rechtsordnung“ (S. 246), „der Wille des Staates heißt Gesetz“ (S. 477), „in der Rechtsordnung erscheint der wollende Staat“ (S. 511), „der Wille des Staates hat die Rechtsordnung zum Inhalt“ (S. 525, ähnlich S. 546). Wir dürfen also doch wohl sagen, daß auch der Wille des Staates von der formellen Sollgeltung des Rechts im Sinne Kelsens mit umfaßt wird und ihr zugehört.

Was ist nun dieser Wille des Staates? Da „im Gesetz die Regel zu finden ist, nach der die Zurechnung zum Staate stattfindet“ (S. 184), so ist der Staatswille „Endpunkt der rechtlichen Zurechnung“ (S. 186). Ist aber der Staatswille Endpunkt und derart keine „psychische Tatsache“ (S. 175), so ist er auf der anderen Seite doch auch „die staatliche Macht“, in ihm findet „die Resultante zusammenwirkender Kräfte ihren Ausdruck“ (S. 479); es ist von „Willenszentren“ die Rede, deren widersprechende Willensäußerungen die Konstruktion der Staatsperson unmöglich machen, sowie von „Willensquellen“ (S. 555). Vor allem aber gilt der Satz: „Ist die Staatsperson nur ein Produkt der Rechtsordnung, so ist die Realisierung der Rechtsordnung die einzige Funktion des Staates“ (S. 511), womit also dem Staat

¹⁵⁾ S. 233. Ebenso wird S. 434 die „Personifizierung der unpersönlichen Vielheit von hypothetischen Urteilen“, d. h. der Rechtsordnung abgelehnt, ferner S. 497 „der Rechtssatz ein hypothetisches Urteil“ und S. 543/544 der Rechtssatz „Urteil über einen Willen des Staates“ genannt.

die Fähigkeit zugesprochen wird, seinen eigenen Produzenten — die Rechtsordnung — selbst allererst zu realisieren¹⁶⁾. Ferner steht der Staatswille in Zusammenhang mit dem Staatsorgan: „Der Staat will und seine Organe handeln . . . Dieser Satz ist tatsächlich der treffendste Ausdruck für das rechtliche Verhältnis der Organe zum Staatswillen im konstitutionellen Staate . . .“ (S. 492). Auch wir stellen nun wie Kelsen selbst die Frage: „Wodurch sollte wohl der Richter, der Verwaltungsbeamte in einem bestimmten Falle zur Tätigkeit veranlaßt werden, wenn nicht durch einen natürlich schon „erzeugten“ Willen des Staates?“ (S. 461). Und wir können als Antwort auf diese Frage feststellen, daß der Staatswille als Zurechnungsendpunkt auch die Fähigkeit besitzt, Menschen als Staatsorgane zum Handeln zu veranlassen.

Schließlich aber ist der Staatswille auch Träger von subjektiven Rechten und Rechtspflichten, er ist „ein der Rechtsordnung unterworfenen Subjekt von Rechten und Pflichten“ (S. 245), und zwar ist es „nicht der Staat, sondern die Gesellschaft¹⁷⁾, die zur Gesetzgebung berufenen Menschen, die des Staates Pflichten schaffen und wieder aufheben“ (S. 433), was allerdings den Rechtscharakter dieser Pflichten in Frage stellen sollte. Obwohl nun Kelsen die Auffassung, welche „Pflicht mit pflichtmäßigem Verhalten identifiziert“ (S. 344), durchaus ablehnt, erklärt er doch von der Rechtspflicht des Staates, daß das „Sollen“ des Staates stets und ausnahmslos auch sein „Wollen“ ist (S. 250). „Es muß als ausgeschlossen gelten, die Staatsperson . . . in irgend einem Falle das Unrecht wollen zu lassen.“ (S. 446) Und nunmehr formuliert Kelsen das in der Rechtspflicht liegende Problem dahin: „aus dem objektiven Rechtssatze die subjektive Rechtspflicht abzuleiten, genauer: den Rechtssatz als Rechtspflicht zu begreifen“ (S. 348/9). Das entsprechende Problem aber gilt für das subjektive Recht (S. 567). Denn „das subjektive Recht des Staates ist der Rechtssatz im Verhältnis des Staates zu allen anderen Personen, die durch den Rechtssatz verpflichtet werden“ (S. 663).

Diese Sätze geben Aufklärung darüber, wie Kelsen sich nun tatsächlich zu dem von uns dargelegten Begriffe der Rechtsgeltung stellt. Unsere Darstellung hat gezeigt, daß von ihm das

¹⁶⁾ Während Kelsen sich sonst gegen das Verhältnis von Staat und Recht als prius und posterius wendet, da „Staat und Recht zweifellos als zwei verschiedene Seiten derselben Tatsache betrachtet werden müssen“ (S. 406).

¹⁷⁾ Dabei gibt es „eine einheitliche Gesellschaft, die mit den Grenzen des Staatsvolkes zusammenfällt, natürlich nicht . . .“ (S. 476.)

zunächst postulierte rein formelle Sollen der Rechtsgeltung immer mehr und mehr an Gehalt und Umfang bereichert wurde. Nunmehr spricht es Kelsen aus, in welcher Richtung diese Bereicherung erfolgt. Die „Subjektivierungsfähigkeit des objektiven Rechtssatzes“ (S. 348) ist die Formel für sie. Das Subjektive an der Rechtsgeltung soll aus dem Objektiven „abgeleitet“, ja das Objektive selbst als Subjektives „begriffen“ werden. Es ist also nicht an dem, daß Kelsen aus der Betonung der Objektivität der heteronomen Rechtsnorm gegenüber der Autonomie der sittlichen Norm und der Unterscheidung zwischen den objektiven und den subjektiven Momenten der Rechtsgeltung die Folgerung zöge, für den juristischen Begriff der Rechtsgeltung seien nur die gegenständlichen Momente vorhanden, die subjektiven dagegen als überhaupt nicht vorhanden zu betrachten. Nicht etwa daß Kelsen die Grenze zwischen beiden Momenten nicht bemerken würde. Aber er läßt diese Grenze nicht stehen, er überwindet sie und deckt sie zu, über sie hinweg statuiert er die Vereinigung und Einheit von Objektivem und Subjektivem, indem er das Subjektive aus dem Objektiven „ableitet“, das Objektive als Subjektives „begrift“. In diesem Sinne ist bereits die Erweiterung des Staatswillens aus einem Zurechnungsendpunkte zu etwas, das wirkt, Quelle, Zentrum ist und Organe zum Handeln veranlaßt, zu verstehen. Diese Bedeutung hat weiter ebenso wie das subjektive Recht auch die Rechtspflicht des Staates, welche Sollen und doch zugleich (subjektives) Wollen ist.

Diese Tendenz wird noch deutlicher, wenn wir die Ausgestaltung des formalen Sollens der Rechtsgeltung bei Kelsen nunmehr in Richtung auf die übrigen Rechtssubjekte weiter verfolgen. Hier ist vorweg zu sagen, daß Kelsen die „Rechtsanwendung“ durch die Organe von der Rechtsbefolgung durch die „Untertanen“ (S. 205 Anm. 1) ebenso streng scheidet wie von der Geltung und der Wirkung des Rechts (S. 15). „Die Möglichkeit der Anwendung gehört zum Wesen des Rechtes. Kein Recht ohne Gericht . . .“ (S. 35)¹⁸⁾. Schon mit der Rechtsanwendung ist also ein weiteres subjektives Moment der Gegenständlichkeit des Rechtes einverleibt. Ihm folgt nunmehr der Wille der „Untertanen“, der menschliche Wille im Sinne der Jurisprudenz. Er wird bestimmt, als „die im Innern des Menschen gedachte, als Endpunkt der Zurechnung fungierende Konstruktion“ (S. 145).

¹⁸⁾ Aber auch kein Gericht ohne Recht, das es einsetzt, müssen wir entgegenhalten. Da die Organ- und Richterqualität (S. 389) auf einem Rechtssatz beruht, kann das Recht nicht auf das Vorhandensein von Gerichten, also Organen, gegründet sein.

Früher haben wir gesehen, daß ein diesem Willen zuzurechnendes Verhalten für die Rechtsordnung erst bedeutsam wird, wenn es sich als Unrecht darstellt. „Der die Untertanen verpflichtende Rechtssatz entspricht allen bisher aufgestellten Forderungen, wenn er einen Willen des Staates zu strafen oder zu exequieren . . . durch ein Verhalten der Untertanen bedingt, dessen kontradiktorischer Gegensatz den Inhalt der durch den Rechtssatz statuierten Untertanenpflicht bildet. Nicht als Inhalt sondern als Bedingung eines Staatswillens, und nicht positiv, sondern unter einem negativen Vorzeichen gleichsam muß das pflichtmäßige Verhalten der Untertanen im Rechtssatze erscheinen“ (S. 206/207). Die Parallele zu den Darlegungen über den Staatswillen ist offenbar gewollt. Gleich dem Staatswillen hat der Wille der Untertanen als Zurechnungsendpunkt im Rechtssatz zu erscheinen oder, wie Kelsen neuestens sagt¹⁹⁾, „in das Recht einzugehen“ zwar nicht als Inhalt, aber als Bedingung. Ferner gehört zum mindesten das rechtswidrige Verhalten der Untertanen dem formalen Sollen der Rechtsgeltung bei Kelsen an.

Ihr gehört weiter die subjektive Rechtspflicht des Untertanen an. Denn die „Subjektivierungsfähigkeit des objektiven Rechtssatzes“ (S. 348) gilt auch ihm. Aber auch das subjektive Recht des Untertanen, das „Form und nicht Inhalt, Schutz und nicht Geschütztes ist“ (S. 619), ist „der Rechtssatz“, und zwar „in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Verfügung die Realisierung des im Rechtssatze ausgesprochenen Willens des Staates zur Unrechtsfolge abhängig gemacht ist“ (S. 625 und S. 663). Hiermit ist nun sogar das rechtmäßige Verhalten des Untertanen der formellen Sollgeltung einverleibt, wenigstens dann, wenn es als Klage (S. 497) oder sonst wie vom staatlichen Einschreiten vorausgesetzt wird (S. 619/620). Ja, wir finden sogar jetzt den Gedanken einer „von der Rechtsordnung geschaffenen Gehorsamspflicht der Untertanen“ (S. 562), sowie den, daß „der Rechtssatz eine Pflicht des Untertanen zu einem pflichtmäßigen bzw. rechtmäßigen Verhalten statuiere“ (S. 620, 625). Derart ist aber auch der Wille der Untertanen aus einem Endpunkt der Zurechnung zu einem erheblich realpsychischen Gebilde erweitert. Als solches ist er zusammen mit Rechtspflicht, subjektivem Recht, rechtswidrigem und auch rechtmäßigem Verhalten in die formale Norm der Rechtsgeltung Kelsens eingegangen. Diese enthält alsdann an subjektiven Momenten nicht eigentlich weniger, als wir selbst der Rechtsgeltung zusprechen. Ihre

¹⁹⁾ „Allgemeine Staatslehre“, Berlin 1925, S. 63.

Festigung erhält diese Stellung des Menschen innerhalb der Rechtsgeltung dadurch, daß Kelsen Untertan und Staat im Verhältnis zur Rechtsordnung durchaus einander gleichsetzt: „Der . . . seine Rechtspflicht erfüllende Staat . . . steht „unter“ der Rechtsordnung jedem Subjekte gleich, das seine Pflicht erfüllt“ (S. 233). Es ist „der Staat als ein der Rechtsordnung unterworfenen Subjekt von Pflichten und Rechten den übrigen Personen rechtlich koordiniert“ (S. 245). Als wichtigste Differenz zwischen ihm und den übrigen Subjekten bleibt übrig, daß sein „Sollen stets und ausnahmslos auch sein „Wollen“ ist, während bei den übrigen Rechtssubjekten eine Diskrepanz zwischen beiden eintreten kann“ (S. 446).

Wir kommen zu dem Ergebnis: Kelsens Rechtsgeltung als formelles Sollen ist nicht wesentlich inhaltsärmer als unsere Rechtsgeltung. Trotzdem ist in und an ihr nichts Subjektives zu finden, es ist alles Psychologische und Soziologische abgelehnt. Aber nicht etwa in dem Sinne, daß es nicht vorhanden wäre, sondern eben derart, daß es als ein besonderes Begreifen des Gegenständlichen dargestellt ist. Dies ist wohl auch der Sinn von Jerusalems Vorwurf zuständlicher Gegenständlichkeit gegenüber Kelsen. Denn dieser scheidet allerdings das Zuständliche, Subjektive aus der Rechtsgeltung nicht aus, sondern begnügt sich damit, es zu vergegenständlichen.

IV.

Der dargelegten Auffassung Kelsens von der Gegenständlichkeit der Rechtsgeltung gegenüber will Jerusalem selbst die Methode der reinen Gegenständlichkeit zur Darstellung bringen. Das Vorgehen Jerusalems würde Kelsen wohl als eine auf Erklärung des Seins gerichtete explikative, und zwar kausale und teleologische Betrachtung im Gegensatze zu seinem eigenen normativen Verfahren (vgl. „Hauptprobleme“ c. 1. S. 63/64) bezeichnen. Aber aus dieser Diskrepanz der Methoden würde er den Vorwurf der Rückständigkeit eines veralteten Verfahrens nicht gegen sich gelten lassen, sondern seinerseits gegen Jerusalem erheben. Und hat nicht doch Rudolf Stammler recht, wenn er sagt, die Soziologie unternehme nichts anderes, als „das gesellschaftliche Dasein des Menschen nach naturwissenschaftlicher Methode zu behandeln?“²⁰⁾.

²⁰⁾ „Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge“, Berlin 1925, Bd. II S. 148 und S. 290. Dagegen allerdings Wilhelm Sauer „Grundlagen der Gesellschaft“ c. 1 S. 97.

Es sagt nun Jerusalem selbst über den Gegenstand seiner Untersuchung: „Ursprünglich wird das Recht²¹⁾ nur erlebt, ohne daß man es auch wüßte . . . Allmählich aber tritt das geistige Leben seinem Träger als Objekt gegenüber. Es wird gegenständlich. Neben das zuständige tritt das gegenständliche Rechtserlebnis . . .“ (Vorwort S. III). Was Jerusalem mit diesen Worten als „reine Gegenständlichkeit“ des Rechtserlebnisses schildert, das scheint zunächst nichts anderes zu sein, als der Gegenstand der psychologischen Methode überhaupt. So meint es etwa Alexander Pfänder²²⁾, wenn er von zwei Arten dieser Methode, nämlich der sogenannten „subjektiven Methode der Selbstbeobachtung und inneren Wahrnehmung“ und der „objektiven“ psychologischen Methode spricht, oder Wilhelm Wundt²³⁾, wenn er neben das Experiment, welches „durch willkürliche Einwirkung des Beobachters hervorgerufen“ ist, die „Beobachtung im engeren Sinne, ohne derartige Einwirkung“ stellt.

Aber so faßt Jerusalem seine Methode der reinen Gegenständlichkeit offenbar nicht auf, sie ist ihm nicht allein eine Verfahrensweise für die Erforschung und Erkenntnis von Recht und Rechtserlebnis, sondern sie bedeutet ihm recht eigentlich die Art und Weise, wie Recht und Rechtserlebnis selbst sich ereignen und in der Wirklichkeit sich vorfinden. So wird in der Periode „der reinen Gegenständlichkeit . . . das Recht nur noch als Bestandteil des sozialen Lebens betrachtet, dem man nur noch als kühler Beobachter, nicht mehr als Glied der Rechtsgemeinschaft und als Träger der Rechtsordnung gegenübersteht . . .“ (Vorwort S. IV). Deshalb will er selbst „das Recht lediglich als Bestandteil des sozialen Lebens, ohne Rücksicht auf seine Geltung als konkrete Lebensordnung für den einzelnen Beobachter zur Darstellung bringen . . .“ (Vorwort S. V). Um diese Worte Jerusalems richtig zu verstehen, muß man sich zunächst vergegenwärtigen, was er mit dem „sozialen Leben“ meinte, als dessen Bestandteil er hier das Recht erklärt. Von Kelsen herkommend sind wir geneigt, unter sozialem Leben das „menschliche Wollen und Handeln“, die „realpsychischen Vorgänge“, jenes „psychische Geschehen, das der Welt des Seins angehört“, („Hauptprobleme etc.“ c. 1 S. 9 ffg.) zu verstehen. Diese Nahe-

²¹⁾ Jerusalem behält sich allerdings vor, im 2. Bande seines Werkes „die Soziologie des Rechts im einzelnen“ darzustellen, gerade unser Problem dürfte aber bereits in dem vorliegenden 1. Bande hinreichende Klärung gefunden haben.

²²⁾ „Einführung in die Psychologie“, Leipzig 1904, S. 110ff.

²³⁾ „Grundriß der Psychologie“, 6. A., Leipzig 1904, S. 24ff.

rückung oder gar Identifizierung, welche Kelsen dem Soziologischen gegenüber dem Realpsychischen zuspricht, erkennt aber Jerusalem nicht an. Für ihn ist das Wesen des sozialen Lebens in der „lebendigen Energie“ gegeben, einer „geheimnisvollen Macht, die unsichtbar hinter allen steht“ und der gegenüber „jede physische und psychische Daseinsform“ nichts anderes und weiteres ist als ihre bloße „Repräsentantin“ (S. 1). Jerusalem schildert denn auch die lebendige Energie als „das Unveränderliche, demgegenüber alle Erscheinungsformen nur zufällig sind.“ (S. 7.) Er gibt ihr derart die Eigenschaft der Einheit und Nämlichkeit gegenüber der Vielzahl wirklicher Menschen und ihrer wirklichen Verhaltensweisen, also eben das Moment, welches wir als Wesensmerkmal der Gegenständlichkeit festgestellt haben. Aber Gegenständlichkeit ist die lebendige Energie Jerusalems nicht schlechthin, sie ist daneben auch „Wille“ (S. 2), also etwas subjektives. Aber sie ist Wille nicht als realpsychisches Gebilde, sondern mit dem stark metaphysischen Einschlag, den diesem Begriff Schopenhauer und Nietzsche gegeben haben (S. 2 ffg.).

Es eignet nun der lebendigen Energie Jerusalems die Normativität. Durch diese Eigenschaft kommt der Gegenstand seiner Soziologie einer Forderung nach, welche in letzter Zeit Wilhelm Sauer, zwar nicht für die Soziologie, wohl aber für die Sozialphilosophie energisch betont hat (c. 1. S. 78 ffg.). Die Normativität der lebendigen Energie „wird durch die Prinzipien der Gesetzmäßigkeit und der Kollektivität gebildet“ (S. 7). Diese Normativität ist es offenbar, welche das Recht zum „Bestandteil des sozialen Lebens“ machen kann. So ist denn auch das Recht sowohl bei Darlegung der Gesetzmäßigkeit wie der Normativität anzutreffen. „Überall, wo das Leben durch den Organismus in die Außenwelt übergreift“, führt Jerusalem aus (S. 29), „zeigt es das Streben, wiederum gesetzmäßig zu werden . . . Und darauf beruht die soziale Rechtsordnung . . .“²⁴⁾ Staat und Recht haben also im Menschen allein ihre Grundlage; die Festigkeit des Staates ist in der Brust des Bürgers begründet.“ Die Gesetzmäßigkeit äußert sich in einer Reihe von „Drängen“, so dem „Drang zur Reduktion“, dem „Drang zur Selbstverwirklichung“, dem „Drang zur Freiheit“. Von allen finden wir auch Niederschläge im Recht (z. B. S. 88, 94, 95, 118). Seine Auffassung faßt Jerusalem zusammen in den Worten: „Soziologisch gesehen ist die wahre Grundlage jeder sozialen Ordnung, von Sitte und Recht die Gesetzmäßigkeit der Lebens-

²⁴⁾ Daß Jerusalem da, wo er von Recht, Rechtsordnung, Rechterlebnis spricht, die Rechtsgeltung meint, zeigt der Zusammenhang.

formen . . . Der einzelne Mensch ist Träger dieser Gesetzmäßigkeiten, die er meistens nicht selbst in sich ausbildet, sondern nur übernommen hat . . ." (S. 120). Diese Feststellung einer sozialen Gesetzmäßigkeit weist auf die Frage hin, ob deren Wirken als etwas Subjektives von dem Menschen her seinen Ausgang nimmt oder ob es als etwas Objektives über den Menschen kommt und diesen unterwirft. Wenn wir hören, daß die Gesetzmäßigkeit ein Drang im Menschen ist, daß Staat und Recht im Menschen die Grundlage haben, so liegt die erstere Annahme nahe. Wird aber die Gesetzmäßigkeit als solche des Lebens, der Lebensformen bezeichnet, so spricht dies für die zweite Alternative. Es eignet also offenbar der sozialen Gesetzmäßigkeit ebenso wie der lebendigen Energie selbst ein Wirken, das als objektives den Menschen von außen her unterwirft, sich aber trotzdem auch als ein seiner Subjektivität angehörender Drang äußert.

Wichtiger noch als das Prinzip der Gesetzmäßigkeit ist für das Recht das der Kollektivität. „Die Kollektivität . . . muß die Grundlage für die soziologische Betrachtung aller menschlichen Lebenserscheinungen sein; Staat und Recht können allein von dieser Grundlage aus soziologisch begriffen werden . . . Die Kollektivität muß Ausgangspunkt der Lehre vom Recht sein“ (S. 172). Kollektivität aber ist „die Gesamtheit der kollektiven Aktionsformen der Einzelmenschen in ihrer ursprünglichen Verbundenheit mit den komplementären, sie ergänzenden Aktionsformen der anderen“ (S. 170). Das wichtigste Moment in dem Begriff der Kollektivität ist der „Kollektivegeist“ (S. 174). Die Kollektivität und mit ihr der Kollektivegeist zeigen nun in ihrer Struktur in Beziehung auf den Gegensatz von Subjektivität und Objektivität eine große Ähnlichkeit mit der lebendigen Energie und der Gesetzmäßigkeit. Auf der einen Seite kommt der Kollektivität das durchaus gegenständliche Moment der Einheit für eine Vielzahl von Menschen zu (S. 180), sie fordert die Verschmelzung der Träger des Kollektiveistes zu einer Einheit des geistigen Erlebnisses (S. 304). Auch von völliger Gleichheit ist die Rede (S. 294 Anm. 1). Auf der anderen Seite gibt es doch einen „Drang zur Kollektivität“, der sogar im Anschluß an Gierke als eine „Gabe“ des Menschen bezeichnet wird (S. 342). Sodann aber weist die Kollektivität ein Moment auf, das gerade ihr eigentümlich und für uns sehr wesentlich ist: die Entwicklung, und zwar gilt für sie ein Gesetz der Entwicklung. „Es findet eine Entwicklung vom Kollektivismus zum Individualismus und zurück zum Kollektivismus statt“ (S. 171, 190/191, 199, 211, 245, 400

usw.). Kollektivismus und Individualismus bedeuten also Gegensätze, welche im Verhältnis zeitlicher Aufeinanderfolge stehen. Individualität ist „Negierung der Kollektivität. Soweit der Mensch Individuum ist, gehört er der Kollektivität nicht an, steht er ihr feindlich jedenfalls fremd gegenüber“ (S. 400). Der Übergang von dieser zu jener ist „Umgestaltung“, die durch „allmähliche Distanzierung der Individualität gegenüber der Kollektivität“ (S. 401) erfolgt.

Diesem Verhältnis entspricht die Ausgestaltung des Kollektivgeistes. „Kollektivgeist im weitesten Sinne ist das gesamte geistige Leben des Menschen“ (S. 221). Hierauf folgt der Kollektivgeist im engeren Sinne, von dem es gelegentlich (S. 281) heißt, daß er „die Form des Gesetzes einer dem Menschen übergeordneten Autorität“ hat. „Der Kollektivgeist ist zuerst zuständig, er besitzt, beherrscht den Menschen, ohne daß dieser gleichzeitig sein geistiges Erleben als Objekt erleben könnte; der Kollektivgeist wird gegenständlich, wenn er als Vorstellung zum Menschen in das Verhältnis des Objekts zum Subjekt tritt“ (S. 225). Der Kollektivgeist im engeren Sinne sodann kann „zum Individualgeist werden“ (S. 223).

In diese Kollektivität mit ihrer Entwicklung fügt Jerusalem das Recht ein. Damit wird deutlich, was die aus dem Vorwort zitierten Darlegungen über das ursprüngliche Rechtserlebnis und dessen allmähliche Änderung bedeuten. Sie beziehen sich auf den Zusammenhang des Rechts mit der der Kollektivität eigenen Entwicklung. Die Art und Weise, mit der das Recht in diese Entwicklung eintritt, bezeichnet Jerusalem als das *Rechtserlebnis*²⁵⁾. Er sagt ausdrücklich: „Recht . . . bedeutet Rechtsnorm. Norm aber ist ein geistiges Erlebnis bestimmter Art, welches als Sollen umschrieben zu werden pflegt . . . Bei den Rechtsnormen handelt es sich um geistige Erlebnisse . . .“²⁶⁾. Das Rechtserlebnis unterliegt der Entwicklung der Kollektivität, diese führt es zur „Vergegenständlichung“ (S. 239). Das Recht erlangt

²⁵⁾ Einmal spricht Jerusalem von „Rechtsbewußtsein“, das er mit dem Kollektivgeist identifiziert. (S. 409.)

²⁶⁾ S. 252. Mit dieser Reduzierung der Rechtsnorm auf das geistige Erlebnis geht Jerusalem nicht unerheblich über den von ihm selbst als Vorläufer bezeichneten Max Weber hinaus, denn dieser verlangt für das Recht, immerhin noch „äußerliche Garantierung durch die Chance physischen oder psychischen Zwanges“. („Wirtschaft und Gesellschaft“, Tübingen 1921, S. 17.) Die Gleichsetzung von Norm und Erlebnis ist übrigens eine charakteristische Äußerung der von Heinrich Rickert wegen ihrer erheblichen Mehrdeutigkeiten mit Recht bekämpften Lebensphilosophie. („Die Philosophie des Lebens“, Tübingen 1920, bes. Seite 62ff.)

derart „quantitative und qualitative Überschaubarkeit“. Nachdem es früher „an der Göttlichkeit teil hatte, aus der es hervorgegangen zu sein schien“, wird es jetzt eine „historische Angelegenheit, vergänglich wie alle anderen Erscheinungen, relativ gültig“ (S. 240)²⁷⁾. Jerusalem illustriert diese Entwicklung an dem Werden der Rechtsauffassung von Thomas von Aquino bis Fichte (S. 241/243).

Das für uns entscheidende ist nun, daß im Rechtserlebnis die bisher anscheinend ungeschiedenen Momente der Subjektivität und Objektivität vollständig auseinandertreten. Die Entwicklung des Rechtserlebnisses drückt sich in „den gegensätzlichen Begriffen des subjektiven und des objektiven Rechts“ (S. 249) aus. „Soziologisch betrachtet sind diese ... nichts anderes als Formulierungen geistiger Erlebnisse, die verschiedenen Schichten des geistigen Lebens angehören“ (S. 249/250). „Das Erlebnis des Rechts als einer objektiven Ordnung ... beruht auf einer Distanzierung gegenüber dem Rechte als Bestandteil des Kollektivgeistes ... Das Erlebnis des subjektiven Rechts bedeutet Wille zur Selbstbehauptung ... auf Grund des zuständlichen Erlebnisses der Identität dieses Willens ... mit dem Recht als Bestandteil des Kollektivgeistes ...“²⁸⁾. Also auch in dem Verhältnis zwischen subjektivem und objektivem Recht spielt das Begriffspaar der Zuständlichkeit und Gegenständlichkeit eine Rolle. Wie diese im Laufe der Entwicklung aufeinanderfolgen, so gilt eine solche Aufeinanderfolge in der Entwicklung auch für das subjektive und objektive Recht. Die „Idee der Grundrechte“ und die Sphäre der „erworbenen Rechte“ charakterisieren „die der Kollektivität gegenüber sich distanzierende Persönlichkeit, indem sie Individualität wird“ (S. 345). Savignys Lehre vom Volksgeist bedeutet eine Reaktion gegen die „erworbenen Rechte“ aus der Vorstellung heraus, „daß der Einzelne ein Glied der Rechtsgemeinschaft des Volkes sei, und daß er dementsprechend seine Rechtsstellung nur aus ihr und dem gerade geltenden Rechte ableiten könne“ (S. 346).

Noch eindringlicher als das entwicklungsmäßige Nacheinander zwischen objektivem und subjektivem Rechte ist der ausschließende Gegensatz zwischen beiden von Jerusalem betont. „Der Gegen-

²⁷⁾ Dazu vgl. man Wilhelm Sauer's „erstes“ und „zweites“ Recht, von denen das eine die „aus Religion und Moral hervorgegangene Ordnung über ein Staatsvolk“, das andere die „das Gemeinwohl bezweckende Ordnung“ über dieses ist (c. 1 S. 409/410).

²⁸⁾ S. 250/252 ebenso S. 399. Kelsens Formel von dem „Rechtssatz in seiner besonderen Beziehung auf ein Subjekt“ wird als „eine zuständliche Formulierung“ dieses Gedankens bezeichnet. (S. 251.)

satz von subjektivem und objektivem Recht ist ein Gegensatz zwischen Rechtserlebnissen.“ Das wahre Erlebnis des objektiven Rechtes ist für Jerusalem charakteristischerweise dasjenige, welchem jeglicher Zusammenhang mit subjektivem Rechte fehlt, das des zeitlich fernen und räumlich fremden Rechtes. „Recht im objektiven Sinne,“ erklärt er, „das ist die Rechtsordnung als objektive Erscheinung . . . Der Beobachter ist dann uninteressierter Zuschauer; besonders rein tritt diese Stellung zu Tage, wenn es sich um die Rechtsordnung eines völlig fremden, vielleicht schwer verständlichen Kulturkreises handelt“ (S. 250). Bei einem Erlebnis der eigenen Rechtsordnung dagegen „mag . . . das rein gegenständliche Erlebnis leicht zuständlich gefärbt sein“. Wer sich aber schließlich „von dem Bewußtsein eines subjektiven Rechtes erfüllt, erlebt die bis dahin für ihn objektive Rechtsordnung wieder zuständlich“ (S. 250). Diese Auffassung von der sich ausschließenden Gegensätzlichkeit des subjektiven und des objektiven Rechtes veranlaßt Jerusalem zur Stellung gegenüber Kelsens Gegensatz von Sein und Sollen dahin, „daß es sich um verschiedene Erlebnisarten handelt, verschiedenen Schichten des Kollektivgeistes entstammend“ (S. 289).

Sieht Kelsen in der Rechtsgeltung ein geschlossenes Ganzes, bei dem die Grenze zwischen den objektiven und subjektiven Momenten überwunden ist und diese zu einer ungeschiedenen und unscheidbaren Einheit geworden sind, so trennt Jerusalem gerade umgekehrt die subjektiven und die objektiven Momente der Rechtsgeltung, deren Zuständlichkeit und Gegenständlichkeit, das subjektive und das objektive Recht, grundlegend und unvereinbar auseinander. Das Recht ist ihm nur dann objektiv, wenn es nicht subjektiv ist, nichts Subjektives an sich hat, und es ist nur darum objektiv, weil ihm alles Subjektive fehlt. Und das gleiche gilt umgekehrt für das subjektive Recht gegenüber dem objektiven. Objektives und subjektives Rechtserlebnis sind jedes für sich je ein einheitliches, geschlossenes Ganzes, und die Grenze zwischen den beiden ist die Aufeinanderfolge in einer Entwicklung geworden, bei der der Beginn des einen das zeitliche Ende des anderen bedeutet, und dieses mit jenem zusammenfallen muß.

V.

Wir haben es als Wesen der Rechtsgeltung erkannt, daß bei ihr zwischen Gegenständlichkeit und subjektiven Momenten zu unterscheiden ist. Die Gegenständlichkeit und die subjektiven Momente liegen auseinander, aber zugleich liegen sie nebeneinander und berühren sie sich. Hiervon verschieden ist die Auf-

fassung des Rechtslogismus sowohl wie der Rechtssoziologie. Bei allem Gegensatz untereinander stimmen sie darin überein, daß es ein solches Auseinander und Nebeneinander gegenständlicher und subjektiver Momente in der Rechtsgeltung nicht gibt. Beiden ist Rechtsgeltung ein einheitliches Ganzes, das eine Scheidung in beieinanderliegende Momente nicht zuläßt und bei dem nur fraglich ist, ob es als geschlossenes Ganzes gegenständlicher oder subjektiver Natur ist, mit gegenständlicher oder subjektiver Methode erforscht werden muß.

Auch nach unserer Überzeugung ist bei der Rechtsgeltung die Berührung gegenständlicher und subjektiver Momente nicht ein bloß zufälliges, äußerliches Nebeneinander, sondern der Ausdruck eines inneren Zusammenhanges und Zusammengehörens. Es gehören die subjektive Rechtspflicht und Rechtsbefolgung dem äußerlich bindenden Rechtssatze als gerade ihrer Gegenständigkeit an, und diese Gegenständigkeit fordert eine bestimmte subjektive Rechtspflicht und Rechtsbefolgung als gerade ihr zugehörig. Der nämliche Zusammenhang besteht zwischen der äußeren Sicherung und dem ihr entsprechenden subjektiven Recht. Rechtsgeltung bedeutet also, daß die für sie erforderlichen subjektiven Momente gerade mit den ihnen zugehörenden objektiven Momenten sich zusammenfinden. Es ist aber für uns anders als für den Rechtslogismus mit diesem inneren Zusammengehören von subjektiven und objektiven Momenten, deren tatsächliches Zusammentreffen zu einer wirklichen Rechtsgeltung noch nicht gegeben, jedoch anders als für die Rechtssoziologie als Möglichkeit aufgegeben. Deshalb entsteht die Frage: Wie gelangen die zueinander gehörenden subjektiven und objektiven Momente zur Wirklichkeit der Rechtsgeltung zusammen? Wir haben also dort, wo für Rechtslogismus und Rechtssoziologie die Rechtsgeltung bereits als ein einheitliches Ganzes vorliegt, die Frage nach dem Zustandekommen dieses Ganzen nach dessen Möglichkeit allererst zu stellen.

Wir haben also zu fragen: Wie ist es möglich, daß den Menschen als Pflichtsubjekten das Recht tun als Rechtspflicht durch äußere Bindung auferlegt wird und als Rechtssubjekten der Rechtsgenuß als subjektives Recht durch äußere Sicherung zukommt? Wie wir bis jetzt gesehen haben, geschieht dies durch Rechtssätze, die den einen Menschen diese äußere Sicherung dadurch geben, daß sie den anderen die äußere Bindung auferlegen. Die von außen auferlegte Bindung ist es, welche die äußere Sicherung gibt, und die äußere Sicherung ist nur durch diese äußere Bindung möglich. Um diese äußere Sicherung zu

geben, muß der Rechtssatz den Menschen zunächst die von außen bindende Pflicht zum Recht tun auferlegen, und er muß bei Verletzung dieser Pflicht anderen Menschen die ebenso von außen bindende Pflicht auferlegen, das Recht zum Nachteil der verletzenden Pflichtsubjekte und zum Vorteil der verletzten Rechtssubjekte wiederherzustellen. Diese Rechtspflichten aber kann der Rechtssatz nicht anders durch äußere Bindung auferlegen, als wenn wieder andere Pflichtsubjekte bereits äußerlich durch Rechtssatz gebunden sind, bei Verletzung der Wiederherstellungspflicht, diese Pflicht ihrerseits zu erfüllen. Es kann also das Recht tun und Recht wiederherstellen nicht anders zu einer von außen auferlegten Rechtspflicht, und damit der Rechtsgenuß nicht anders zu einem von außen gesicherten subjektiven Recht werden, als wenn bereits ein von außen bindender und sichernder Rechtssatz vorliegt. Es kann aber auch gerade umgekehrt ein von außen bindender und sichernder Rechtssatz nicht anders vorliegen, als wenn bereits das Recht tun und Recht wiederherstellen zu einer von außen auferlegten Rechtspflicht geworden ist.

Was folgt hieraus für die Frage nach der Möglichkeit der Rechtsgeltung?²⁹⁾ Die Gegenständlichkeit der Rechtsgeltung, nämlich der von außen bindende und sichernde Rechtssatz ist nur möglich, wenn bereits die zur Rechtsgeltung gehörenden subjektiven Momente vorgegeben sind, wenn also das Recht tun und Recht wiederherstellen von Menschen zu einer von außen bindenden Rechtspflicht geworden ist. Umgekehrt aber setzt die Möglichkeit des Rechttuns und Recht wiederherstellens als von außen bindender Rechtspflichten, also des subjektiven Momentes der Rechtsgeltung, voraus, daß bereits deren Gegenständlichkeit, der von außen bindende und sichernde Rechtssatz, vorliegt. Das subjektive Moment der Rechtsgeltung ist durch das Vorausgehen von deren objektivem Moment und das objektive Moment durch das Vorausgehen von deren subjektivem Moment in seiner Möglichkeit bedingt. Es kann also die Bedingung für die eine wie für die andere Möglichkeit nicht eintreten. Das Zusammenreffen der zusammengehörenden subjektiven und objektiven Momente zur Wirklichkeit der Rechtsgeltung ist also nicht möglich.

Es gibt zwar unbestreitbare, wirkliche Rechtsgeltung, aber aus den zu ihr gehörenden subjektiven und objektiven Momenten ist deren Möglichkeit nicht einzusehen. Der wirkliche Bestand der

²⁹⁾ Die Berechtigung des Problems ist unabhängig von der Frage, ob man die rechtsphilosophische Problematik einheitlich betrachtet oder in Unterprobleme zerlegt. Sauer c. 1 S. 401 ff., 411.

Rechtsgeltung an objektiven und subjektiven Momenten macht uns ihre eigene Möglichkeit zum Problem. Diese Problematik erfährt eine gewisse Verdeutlichung durch Heranziehung des Problems, welches die analoge Frage der Erkenntnistheorie aufwirft. Es ist dies die erkenntniskritische Frage Immanuel Kants: „Wie ist Erfahrung möglich?“ Es ist das Transzendenzproblem, welches bei Kant die Möglichkeit der Erfahrung, in unserer Frage die Möglichkeit der Rechtsgeltung in Zweifel stellt, der Gegensatz zwischen der „Äußerlichkeit“ der Gegenstandswelt und der „Innerlichkeit“ des subjektiven Erlebens. Wenn für uns die Frage nach der Möglichkeit der Rechtsgeltung die nach der Möglichkeit gegenständlicher Rechtsgeltung ist, so sagt Kant entsprechend: „Die Bedingungen der Möglichkeit der Erfahrung überhaupt sind zugleich Bedingungen der Möglichkeit der Gegenstände der Erfahrung“³⁰). Darum ist ihm auch die Möglichkeit der Erfahrung das, was „allen unseren Erkenntnissen a priori objektive Realität gibt“ (ebenda S. 195). Und das „oberste Principium“ aller synthetischen Urteile lautet demgemäß: „Ein jeder Gegenstand steht unter den notwendigen Bedingungen der synthetischen Einheit des Mannigfaltigen der Anschauung in einer möglichen Erfahrung“ (ebenda S. 197).

Es ist nun einem Einwand, der auch gegen unser Problem von der Möglichkeit der Rechtsgeltung erhoben werden könnte, von Bruno Bauch in seinem wertvollen Kant-Buche³¹) folgendermaßen begegnet worden: „Es haben . . . Beurteiler gemeint . . . das, was Kant als „Problem, das bisher nicht gelöst, ja nicht einmal aufgeworfen“, bezeichnet, sei gar kein Problem. Denn die Erfahrung sei wirklich, also sei sie auch möglich. Mit einem solchen Einwande hat man Kants fruchtbaren Gedanken . . . glücklich um seine ganze Fruchtbarkeit gebracht . . . Gerade weil die Erfahrung wirklich ist, gerade darum . . . hatte er in ihr den festen Ausgangspunkt seines . . . Problems. Kant fragt nicht ob, sondern wie die Erfahrung möglich sei. Sein Vorhaben ist auf die „Möglichkeit aller Erfahrung als einer objektiv gültigen, empirischen Erkenntnis“ gerichtet, es soll die „Bedingungen“, unter denen die „Möglichkeit der Erfahrung“ steht, ermitteln.“

Das Problem von der Möglichkeit gegenständlicher Rechtsgeltung ist es nun, welches Rechtslogismus ebenso wie Rechts-

³⁰) „Kritik der reinen Vernunft“ in der Analytik der Grundsätze, und zwar in dem Abschnitt „Von dem obersten Grundsatz aller synthetischen Urteile“ 2. Auflage S. 197.

³¹) „Immanuel Kant“ 2. A., Berlin-Leipzig 1921, S. 123.

soziologie in seiner Bedeutung nicht anerkennen. Indem Kelsen die subjektiven Momente der Rechtsgeltung in deren Gegenständlichkeit aufgehen und untergehen läßt, übersieht er das Auseinander und Nebeneinander dieser Zweiheit von Momenten in der Wirklichkeit und das in ihrer Vereinigung liegende Problem. Genau ebenso aber ist für Jerusalem dessen Erkenntnis ausgeschlossen, da ihm ja die Gegenständlichkeit der Rechtsgeltung deren subjektiven Momenten derart unvereinbar gegenübersteht, daß beide sich gegenseitig verdrängen und durch einander verdrängt werden.

Von Interesse ist nun aber, daß Kelsen das dargelegte Problem der Rechtsgeltung recht deutlich heraus empfindet, trotzdem er es neuerdings wieder als „Scheinproblem“ abgelehnt hat³²⁾. In den „Hauptproblemen“, in denen er doch „Rechtsphilosophie“ geben will (Vorwort S. VII), sagt er (S. 466): „Das Bemühen, die Entstehung der Rechtsordnung . . . juristisch zu konstruieren, ist ebenso zu beurteilen, wie ein vom Standpunkte explikativer Betrachtung unternommener Versuch, den letzten Grund der Seins-Welt zu bestimmen . . .“ Hiermit trifft Kelsen sehr richtig die Parallele unserer Frage mit dem Erkenntnisproblem. Wenn er aber weiterfährt: „und dieses Urteil könnte nicht treffender gefaßt werden, als mit den tiefen Worten Grillparzers: „Geläng’ es mir, des Weltalls Grund, somit auch meinen auszusagen, so könnt’ ich auch zur selben Stund’ mich selbst auf meinen Armen tragen“, so mag diese Dichtersentenz gewiß sehr geistvoll sein. Aber als einzige Antwort auf eine rechtsphilosophische Frage, welche zu dem erkenntnistheoretischen Grundproblem in Parallele gestellt wird, erscheint sie doch recht wenig genügend und angemessen.

Jerusalem sodann erinnert mit seiner Lehre von dem Rechte „als Bestandteil des sozialen Lebens“ an jenen uralten Satz des Aristoteles: „Der Mensch ist von Natur ein staatliches Wesen“³³⁾. Aus dieser staatlichen oder sozialen Natur des Menschen wäre alsdann zu folgern, daß der Mensch ohne Rechtsgeltung ebenso wenig Dasein haben könne, wie die Rechtsgeltung ohne Menschen, für welche sie besteht. So verstanden würde des Aristoteles Lehre in Widerspruch stehen zu dem Satze Immanuel Kants³⁴⁾: „Der Friedenszustand unter Menschen, die nebeneinander leben,

³²⁾ „Allgemeine Staatslehre“ c. 1 S. 74.

³³⁾ Wie es in der Übersetzung von Aristoteles, „Politik“ von Eugen Rolfes, Leipzig 1912, S. 4 heißt.

³⁴⁾ „Zum ewigen Frieden“ 1. Ausgabe, Königsberg 1795, 2. Abschnitt Seite 16ff.

ist kein Naturzustand (*status naturalis*) . . . er muß also gestiftet werden . . .“ Eine derartige Natürlichkeit und Ursprünglichkeit der Rechtsgeltung ist aber nur möglich, wenn diese ausschließlich den Rechtsgenuß als subjektives Recht bedeutet. Denn allerdings kann der Mensch der äußeren Sicherung des subjektiven Rechtes teilhaftig werden, sobald er Dasein erlangt hat. Die subjektiven Pflichten des Rechtstuns und Rechtwiederherstellens dagegen setzen voraus, daß der Mensch in seinem Dasein bis zur Vornahme von Willenshandlungen fortgeschritten ist. Jene Natürlichkeit und Ursprünglichkeit der Rechtsgeltung hat also einen Zustand im Auge, in welchem es für den Rechtsgenuß eines Rechtstuns und Rechtwiederherstellens nicht bedarf. Sie ist etwa da gegeben, wo die Menschen von einander so entlegen hausen, daß dem einen das Recht tun des anderen einen Rechtsgenuß nicht verschaffen, das Unrecht tun eine Störung des Rechtsgenusses nicht zufügen kann. Diesen primitiven Zustand, dem auch jede Gegenständlichkeit der Rechtsgeltung fehlt, als Rechtgeltung zu bezeichnen, würden nicht nur wir, sondern auch Jerusalem ablehnen. Denn er erklärt in Beziehung auf diese ausdrücklich, „daß alle Gesetzmäßigkeit, die der Mensch überhaupt kennt, in ihm selbst ihren Ausgangspunkt und Sitz hat“ und beruft sich zur Begründung auf den Satz, „daß der Mensch das Maß aller Dinge sei“⁸⁵⁾.

Der ablehnenden Stellung von Rechtslogismus und Rechtssoziologie gegenüber unserem Probleme von der Rechtsgeltung entspricht das allgemeine Verhalten der heutigen Rechtsphilosophie überhaupt. In der Zeit des deutschen Idealismus wurde das Problem von der Rechtsphilosophie durchaus anerkannt. Johann Gottlieb Fichte⁸⁶⁾ bezeichnet als „die wichtigste Frage einer Rechtslehre, als einer reellen Wissenschaft“ die folgende: „Wie läßt ein bloß formales Rechtsgesetz sich auf bestimmte Gegenstände anwenden?“ und erklärt weiter genauer (ebenda S. 149/150): „Das Zwangsgesetz soll so wirken, daß aus jeder Verletzung des Rechts für den Verletzenden unausbleiblich und mit mechanischer Notwendigkeit . . . die gleiche Verletzung seines eigenen Rechts unausbleiblich erfolge. Es fragt sich, wie eine solche Ordnung der Dinge eingeführt werden könne?“ Aber bereits Rudolf Stammler kennt diesen Sinn des Problems der Rechtgeltung nicht mehr. Er äußert schon in

⁸⁵⁾ „Soziologie des Rechts“ c. 1. S. 29.

⁸⁶⁾ „Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre“, neu herausgegeben von Fritz Medicus. Leipzig 1908. S. 140.

seinem frühesten Werke „Wirtschaft und Recht“³⁷⁾: „Die Frage des Geltens . . . ist dafür gleichgültig, ob rechtliches Wollen oder eine andere Art der Zwecksetzung vorliegt.“ Und seitdem ist es bei dieser Auffassung im Grunde verblieben. Gustav Radbruch sieht das, wie es scheint, entscheidende Problem der Rechtsgeltung in der Frage³⁸⁾: „Geht Rechtssicherheit vor Gerechtigkeit oder Gerechtigkeit vor Rechtssicherheit?“, erkennt also unser Problem nicht an. Noch gründlicher lehnt es Leonard Nelson ab³⁹⁾, für den es „streng genommen überhaupt kein „positives Recht“ gibt, wenn wir darunter nach dem herrschenden Sprachgebrauch ein solches verstehen, das durch Satzungen entstehen oder durch andere Satzungen aufgehoben werden könnte . . .“ Ebenso ablehnend verhält sich auch ein Gelehrter wie Julius Binder, welcher doch der idealistischen Philosophie innerlich so nahe steht. Binder⁴⁰⁾ definiert die Rechtsgeltung als „empirische Realität, die darin besteht, daß das Recht als praktisch anwendbar und durchsetzbar gewußt und geübt wird“. Dieser Geltung des positiven Rechtes steht die Geltung der Rechtsideen gegenüber. In der Auseinandersetzung zwischen diesen beiden Geltungen sieht Binder „das Problem der Geltung des Rechts“ (ebenda S. 760/761). Allerdings beruht die Geltung des Rechts „auf diesen oder jenen Momenten, die näherer Bestimmung bedürftig wären“. Derart kommen für die Geltung des Rechts in Betracht: „religiöse Vorstellungen . . . der dumpfe Trieb zum Gehorsam . . . Furcht . . . Feigheit . . . Charakterlosigkeit . . .“ Aber „das Recht . . . ist die immanente Logik der Gesellschaft; es läßt sich nicht durch den Hinweis auf psychologische Tatsachen begründen . . .“ (ebenda S. 766/767).

Die angeführten Auszüge zeigen, in welchem Maße die Stellung von Rechtslogismus und Rechtssoziologie zum Probleme der Rechtsgeltung der Zeitauffassung entspricht. Schon in ihrem Nebeneinander- und Einandergegenüberstehen bedeuten sie dessen Erdrückung und Unterdrückung. Da ist es nun von besonderem Interesse, auf eine Auffassung hinzuweisen, welche letzten Endes eine Zusammenfügung und Vereinigung dieser beiden Lehren anstrebt⁴¹⁾. Es ist die Anschauung, welche

³⁷⁾ 4. A. Berlin-Leipzig 1921 S. 163.

³⁸⁾ „Grundzüge der Rechtsphilosophie“, Leipzig 1914, S. 179.

³⁹⁾ „System der philosophischen Rechtslehre und Politik“, Leipzig 1924, S. 11.

⁴⁰⁾ „Philosophie des Rechts“, Berlin 1925, S. 749/750.

⁴¹⁾ Etwas ganz anderes ist die Auffassung, daß Gesellschaftslehre und Rechtsphilosophie sich zusammen ergänzen. (Sauer c. 1 S. 396 ff.). Diese berührt unser Problem nicht.

C. A. Emge neuestens in seiner „Vorschule der Rechtsphilosophie“⁴²⁾ vorträgt. Emge arbeitet sehr fein vier oder eigentlich fünf Begriffe der Geltung heraus. Er versteht es mit zwingender Logik den einen von dem anderen abzusondern und jedem das, was ihm gegenüber den anderen eigentümlich ist, zu sichern. Aber davon, daß dem, was hier geschieden und gespalten ist, ein Letztes und Ganzes von eigenem Bedeuten und Gehalt zugrunde liegt, ist bei Emge nichts zu finden. Rechtslogismus und Rechtssoziologie haben hier den Kampf gegen das Problem von der Möglichkeit der Rechtsgeltung, den sie im Gegensatze zu einander begonnen, im Verein miteinander vollendet.

VI.

Ausgehend von der Tatsache, daß für die Rechtsgeltung das Nebeneinanderliegen und Zusammentreffen von subjektiven und objektiven Momenten erforderlich ist, sind wir zu der Frage gelangt, wie dieses Zusammentreffen, dieser Übergang von den subjektiven zu den objektiven Momenten sich vollzieht. Es erhob sich die Frage: „Wie ist die Rechtsgeltung möglich?“ und es ist diese Frage nach der Möglichkeit der Rechtsgeltung aus den Momenten, welche wir in deren Vorhandensein gefunden haben, nicht zu beantworten.

Dieser Frage die ihr zukommende Bedeutung zu erhalten oder wiederum zu verschaffen, war der Zweck der vorliegenden Untersuchung. Es galt, die im Rechtslogismus und in der Rechtssoziologie liegenden Tendenzen, die sich gegen unsere Fragestellung richten, aufzudecken und derart gegen ihre Wirkung anzukämpfen. Damit sollte dem Problem von der Möglichkeit der Rechtsgeltung zu seinem Recht verholfen werden. Die Rechtfertigung dieses Problem, aber auch nichts weiteres als diese Rechtfertigung ist der Gegenstand unserer Untersuchung. Es legt nun gewiß die Aufstellung und Begründung eines Problem die Aufgabe nahe, auch dessen Lösung zu versuchen. Doch würde die Antwort auf die Frage: „Wie ist Rechtsgeltung möglich?“ den Rahmen der vorliegenden Abhandlung weit übersteigen. Deshalb wird an dieser Stelle von der Darlegung der Problemlösung abgesehen. Wohl aber soll in kurzen Zügen nunmehr angedeutet werden, zu welchen Ergebnissen die Antwort auf das dargelegte Problem führen muß. Wir haben gesehen, daß die Rechtsgeltung das Recht tun und den Rechtsgenuß von der Willkür des Menschen ablösen soll. Diese Ablösung erfolgt dadurch,

⁴²⁾ Berlin-Grunewald 1925 S. 81 ff.

daß das Recht tun zur äußerlich bindenden Rechtspflicht, der Rechtsgenuß zum äußerlich gesicherten subjektiven Rechte wird. Das ist die Wirklichkeit der Rechtsgeltung. Es hat sich nun aber gezeigt, daß die Möglichkeit dieser äußeren Bindung und Sicherung nicht einsichtig gemacht werden kann, da diese Bindung und Sicherung von Menschen ausgehen müssen, die selbst wieder äußerlich gebunden sind und es derart einen ersten äußerlich gebundenen Menschen geben müßte, den es begrifflich nicht geben kann. Dieser Widerspruch zwischen der greifbaren Wirklichkeit der Rechtsgeltung und der Unauffindbarkeit ihrer Möglichkeit erschien uns als das durch die Rechtsgeltung aufgegebene Problem.

Es zeigt, daß wir den durch die Rechtspflicht äußerlich gebundenen Menschen nicht an den Anfang der zur Rechtsgeltung führenden Reihe stellen können. Vielleicht aber können wir diese Stelle der menschlichen Willkür, dem Menschen in seiner Willkür zuweisen. Nun ist es gewiß, daß die Willkür eines Menschen einem anderen Menschen gerade so gut äußere Bindung auferlegen kann wie der äußerlich gebundene Mensch. Aber für die Rechtsgeltung handelt es sich nicht um Auferlegung äußerer Bindung schlechthin, sondern um die Bindung an Rechtssätze. Die Willkür des Menschen und die Bindung des Menschen an Rechtssätze sind aber einander entgegengesetzt. Die Bindung an Rechtssätze bedeutet Aufgabe der Willkür und das Festhalten an der Willkür bedeutet Ablehnung dieser Bindung. Die Willkür des Menschen kann den anderen Menschen an sich selbst also an Willkür äußerlich binden. Aber gerade um deswillen kann sie den anderen Menschen nicht an Rechtssätze äußerlich binden. Es kann also die menschliche Willkür ebensowenig den Ausgangspunkt für die Möglichkeit der Rechtsgeltung und ihrer äußeren Bindung und Sicherung bilden wie der äußerlich gebundene Wille des Menschen.

Der äußerlich nicht gebundene Wille des Menschen kann vielmehr den anderen Menschen an die Pflichterfüllung gegenüber Rechtssätzen nur dann äußerlich binden, wenn er für die Willenshandlung seines eigenen Bindens diese Rechtssätze selbst innerlich „anerkannt“⁴³⁾, ihnen sich innerlich unterworfen hat. Nur der Wille, welcher Rechtssätze sich selbst als i n n e r e Bindung auferlegt hat, kann diese den anderen Menschen als äußere Bindung auferlegen. Hiermit tritt als Ausgangspunkt für die äußere Bindung und Sicherung der Rechtsgeltung neben die

⁴³⁾ Sauer c. 1 S. 430 ff.

menschliche Willkür und neben den äußerlich gebundenen menschlichen Willen als dritte Möglichkeit der innerlich gebundene menschliche Wille. Anders als bei dem äußerlich gebundenen Willen wird bei dem innerlich gebundenen Willen die Bindung nicht als vorgegeben vorausgesetzt, sondern ist in und mit diesem Willen selbst gegeben. Während also der äußerlich gebundene Wille die Reihe der äußerlichen Bindung und Sicherung, welche die Rechtsgeltung fordert, nicht eröffnen kann, ist der innerlich gebundene Wille hierzu sehr wohl in der Lage. Auf der anderen Seite kann der innerlich gebundene Wille genau ebenso wie die Willkür dem Willen des anderen Menschen äußere Bindung auferlegen. Aber die von diesem Willen auferlegte Bindung unterscheidet sich von der durch die Willkür auferlegten dadurch, daß hier gerade nicht die Willkür, sondern allgemeine Normen, wie dies auch die Rechtssätze sind, über Maß und Art der aufzuerlegenden Bindung entscheiden. So finden wir, daß die Fähigkeit, welche der Willkür wie dem äußerlich gebundenen Willen versagt ist, dem innerlich gebundenen Willen des Menschen zukommt, die Fähigkeit nämlich, den Ausgangspunkt für die Gegenständlichkeit der Rechtsgeltung zu bilden.

Der innerlich gebundene Wille aber, welcher derart zum Ausgangspunkt für die Gegenständlichkeit der Rechtsgeltung werden kann, das ist der sittliche Wille. Denn „wir dürfen den sittlichen Willen seinem allgemeinsten Sinne nach den von der Pflicht geleiteten Willen gleichsetzen . . . Wenn ich das will und tue, was ich meiner Überzeugung nach soll, so handle ich, wie ich soll, also sittlich in des Wortes umfassendster Bedeutung. . . .“⁴⁴⁾ Es ist also der sittliche Wille des Menschen, durch welchen das Problem der Möglichkeit der Rechtsgeltung seine Lösung findet. Wenn der sittliche Wille am Anfange der Reihe steht, welche zur äußeren Bindung und Sicherung des Menschen führen soll, dann sind diese und damit auch die Rechtsgeltung möglich geworden. Durch die Einfügung des sittlichen Willens in den Zusammenhang der Rechtsgeltung wird diese ermöglicht. Wie dieser Zusammenhang sich im einzelnen zu vollziehen hat, diese Frage bleibt noch offen und bedarf besonderer Behandlung. Aber die Darlegung, in welcher Richtung wir die Lösung des Problemes von der Möglichkeit der Rechtsgeltung zu finden glauben, hat gezeigt, was uns dieses Problem eigentlich zu sagen hat. Es hat auf die Bedeutung hinzuweisen, welche der Sittlichkeit für die Rechtsgeltung zukommt. Gewiß würde alle

⁴⁴⁾ Heinrich Rickert, „Über logische und ethische Geltung“, Kantstudien, Berlin 1914, Bd. 19 S. 190.

Rechtsgeltung überflüssig werden, wenn alle Menschen schlechthin sittlich wären. Dieses negative Verhältnis von Recht und Sittlichkeit ist nicht zu bestreiten. Aber mit der gleichen Entschiedenheit haben wir jetzt zu betonen: Ohne daß es überhaupt Sittlichkeit unter den Menschen gibt, ist auch Rechtsgeltung unter ihnen nicht möglich. Unter schlechthin unsittlichen Menschen gibt es Rechtsgeltung nicht. Die sittliche Tat ist es, welche die Rechtsgeltung möglich macht.

Erklärung.

Es ist bedauerlich, daß gerade Friedensfreunde sich so gern in erbitterten persönlichen Feindseligkeiten ergehen. Aber nicht allein darum, weil man die Friedensbereitschaft mit der ehesten Aussicht auf Erfolg immer noch bei sich selbst anfangen kann, nehme ich die gegen mich eröffnete feindliche Kampfeshandlung nicht auf; daran sehe ich mich noch mehr aus einem anderen Grunde verhindert: Der gegen mich gerichtete Artikel ist in einem persönlichen Tone gehalten, der es mir als gänzlich aussichtslos erscheinen läßt, für eine sachliche Auseinandersetzung ein auch nur einigermaßen williges Gehör zu finden. Schon allein die Art, — um von allem anderen zu schweigen — wie z. B. mit meiner wahrhaftig gegen keine bestimmte Person gerichteten Wendung: „wenn man nur ehrlich gegen sich selbst ist“, sodann mit dem „ehrlichen Leser“ usw. umgesprungen wird, verlegt den Kampf auf ein Gebiet, das von der Sache so weit abliegt und dem Persönlichen eine Färbung gibt, daß sich jedes nähere Eingehen für mich sachlich und persönlich verbietet. Vielleicht findet sich später noch einmal Gelegenheit, auf das Problem zurückzukommen, dessen Behandlung durch mich den gegen mich gerichteten Artikel veranlaßt hat. Dieser Artikel ist jedenfalls eine solche Gelegenheit nicht. Denn sich gegen einen Angriff zu wehren, hat in der Wissenschaft ja nur dann einen sachlichen Zweck (und andere als sachliche Zwecke kann es in der Wissenschaft nicht geben), wenn der Angriff die grundsätzliche Forderung erfüllt, die Hegel einmal an die Kritik gerichtet hat, daß diese nämlich „in die Kraft des Gegners eingehe und sich in den Umkreis seiner Stärke stelle; ihn außerhalb seiner selbst angreifen und da Recht behalten, wo er nicht ist, fördert die Sache nicht“.

Jena.

Bruno Bauch.

B. Rezensionsabhandlung.

Verhandlungen des 4. Deutschen Soziologentages (29. und 30. September 1924) in Heidelberg.

Von

Prof. Dr. Wilhelm Sauer, Königsberg.

Vorträge von **Adolf Günther**, Innsbruck, **Ludwig Heyde**, Kiel, **Max Scheler**, Köln, und **Max Adler**, Wien. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1925. 241 S.

I. Die beiden ersten Vorträge behandelten das Thema: Soziologie und Sozialpolitik. Günther stellte beide Gebiete in Gegensatz. Sein inhaltreicher, klarer, gut fundierter Vortrag lehnte die Methode Husserls ab und entschied sich in grundlegender Hinsicht für eine Verbindung von Dilthey und Rickert. Bei der Bestimmung des Wesens der Soziologie unterschied er drei Richtungen: eine Richtung mit inhaltlich-politischer Orientierung (Oppenheimer, Spann, auch Ludwig Stein), eine formale Richtung (Tönnies, Simmel, v. Wiese, z. T. Max Weber) und eine gemischte Richtung (Cunow, Vierkandt, Gumpłowicz, Ratzenhofer, z. T. wieder Max Weber). Über diese Dreiteilung und die Zuweisung des einzelnen Autoren mag man verschiedener Ansicht sein. Er selbst entscheidet sich für die formale, besser „eingeschränkt-inhaltliche“ Richtung (S. 24—26); diese Ansicht eröffnet nach seiner Meinung die meisten Möglichkeiten für eine Sozialpolitik (letzteres wird man gewiß nicht bestreiten: je formaler auf der einen Seite, um so mehr Inhalt auf der anderen). „Reine Soziologie ist wunschlos, politisch-indifferent, unpraktisch und insofern bewußt wirklichkeitsfremd“ (S. 49); ein größerer Gegensatz zu meiner Auffassung, nach der jede Wissenschaft und nicht zuletzt die Soziologie „anzuwendenden“ Charakter tragen sollten, ist kaum denkbar. Jedoch nähern sich später unsere Anschauungen stark. Zwar halte ich die Abgrenzung der Soziologie von der Psychologie nicht für zutreffend (wohin gehört die Lehre von der Persönlichkeit?), und nicht recht einleuchten will, daß als „Mittelglieder zwischen Soziologie und Sozialpolitik die Statistik einerseits, die Sozio-Geographie andererseits“ eingeschoben werden (S. 33). Indessen werden — und hierin sehe ich den Schwerpunkt des Vortrages — dem zweiten Hauptbegriff, der Sozialpolitik, drei Bedeutungen beigelegt (S. 11, 38 ff.), wobei ich dem Vortragenden nur darin nicht beipflichten kann, daß er insofern scharfe Begriffsbestimmungen nicht in dem Maße, wie sonst, für möglich hält. Man darf das Ergebnis des Vortrags vielleicht so fassen: Auf der untersten, dem Leben am meisten zugewandten Stufe steht die Sozialpolitik als Handeln, als Sichverhalten; auf der zweiten Stufe die sozialpolitische Kunstlehre und Technik, auf der dritten die sozialpolitische Theorie, und hierauf baut sich endlich viertens die nicht mehr zur Sozialpolitik gehörende „reine Soziologie“ auf. Die Staffel leuchtet ein: zu unterst das sozialwissenschaftliche Objekt, dann die Lehre von der praktischen Durchführung anzustrebender sozialer Maßnahmen und

drittens die Lehre über die anzustrebenden Maßnahmen selbst, worüber sich dann nach Ansicht des Autors jene inhaltsleere, rein formale Soziologie erhebt.

Der Aufbau bedarf aber der grundsätzlicheren Erfassung, der Vertiefung und damit der Vereinfachung. Der Vortragende erkennt richtig, daß die Soziologie wertfrei, die Sozialpolitik dagegen eine normative Disziplin ist (in der 2. und 3. Bedeutung); unzureichend ist es aber, die Wertungen nur als subjektive gelten zu lassen (S. 39). Wenn man über die Subjektivitäten nicht zu objektiven Gesichtspunkten aufsteigt, an denen jene gemessen und gerichtet werden, schweben jene in der Luft, entbehren des wissenschaftlichen Haltes; dann ist auch die Sozialpolitik als Theorie (in der dritten Bedeutung) keine Wissenschaft. Die reine, formale Soziologie als Beziehungslehre vermag die objektiven Maßstäbe sicher nicht darzubieten; denn sie ist nach Ansicht unseres Autors wertfrei. Daher ist eine normative Gesellschaftslehre — ich nannte sie Sozialphilosophie (von der die Rechtswissenschaft einerseits, die individuelle Ethik andererseits Teilerscheinungen sind) — neben der bloß beschreibenden Gesellschaftslehre (der engeren Soziologie) anzuerkennen. Die Sozialpolitik in der zweiten und der dritten Bedeutung unseres Autors ist nur eine Unterart jener allumfassenden Sozialphilosophie; die eine zeigt die besonderen, allerdings nur subjektiv (vom Standpunkt des Staates oder einer Kommune oder einer sonstigen Gemeinschaft) gültigen Zwecke, die andere die hierfür tauglichen Mittel auf. Die Sozialpolitik in der ersten Bedeutung unseres Autors, das Handeln, ist aber nichts weiter als der konkrete Gegenstand, der nicht nur der Sozialpolitik, sondern auch der Soziologie im Sinne des Formalisten angehört; denn wenn Soziologie eine Lehre von den Beziehungen sein soll, so liefert jene erste Art der Sozialpolitik eben die Objekte, zwischen denen die Beziehungen bestehen sollen. Ich selbst lehne die Auffassung der Soziologie als Beziehungslehre ab *); die Beziehung ist eine rein logische Kategorie, die den verschiedensten Wissenschaften angehört und der Soziologie gewiß nicht das ihr eigentümliche, sie von anderen Wissenschaften unterscheidende Gepräge verleihen kann, auch gewiß nicht zur Fruchtbarkeit jener Lehre beiträgt (aber Fruchtbarkeit scheint ja nach G. nicht zum Wesen der Soziologie zu gehören). Ich setze an Stelle der Beziehungen die sozialen Gesetzmäßigkeiten und Tendenzen. Hiernach ergibt sich ein anderer Aufbau, der von demjenigen unseres Autors sachlich nicht stark abweicht: I. Gegenstand: Handeln (Zweckstreben, Wertstreben), II. Wissenschaftliche Betrachtung dieses Gegenstandes: 1. Bloß beschreibend (insofern formal: Gesetze herausarbeitend): Soziologie; 2. Normativ: a) objektiv, allgemeingültig: Sozialphilosophie, b) subjektiv: Sozialpolitik: α) Lehre von den erreichbaren Zwecken (Teilgebiete des Staats-, Verwaltungs-, Arbeitsrechts usw.), β) Lehre von den zur Erreichung jener Zwecke geeigneten Mitteln (Sozialpolitik i. e. S.). An Klarheit und Schärfe dürfte nunmehr nichts mehr fehlen.

Der zweite Vortrag schließt sich der Auffassung des ersten von der Soziologie an; hinsichtlich der Sozialpolitik wird die aus dem Buche des Autors, „Abriß der Sozialpolitik“, bekannte Ansicht vorgetragen. M. E. ist die Begrenzung der Sozialpolitik auf das Verhältnis der Klassen und Stände zueinander und zum Staat (S. 73) zu eng. Auch die im Gegen-

*) Die Soziologie v. Wieses habe ich eingehend in der Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft besprochen (1925, Bd. 46).

satz zum ersten Vortrag stehende wertfreie Auffassung der Sozialpolitik kann ich nicht billigen. Daß ich unter Stand und Klasse etwas anderes verstehe, als der Vortragende (S.77), ändert an dem soeben hervorgehobenen Gegensatz nichts, steht hier aber erst in zweiter Linie. Der Schwerpunkt dieses — konkreter eingestellten — Vortrags beruht auf der hier nicht weiter zu verfolgenden Kasuistik. Nach Ansicht des Vortragenden hat ein großer Teil der Sozialpolitik soziologische Erkenntnis nicht zur Voraussetzung; jedoch ist ein anderer, und zwar der die sog. Selbsthilfe behandelnde Teil ohne soziologische Erkenntnis nicht erschließbar.

Die Diskussion ergab einen auffallenden Mangel an Übereinstimmung gerade über die beiden Hauptbegriffe, Soziologie und Sozialpolitik, aber auch über die für das vorliegende Thema erst sekundär wichtigen sozialwissenschaftlichen Begriffe, Gesellschaft, Staat, Stand, Klasse. Zu eng ist die Ansicht v. Bortkiewicz-Berlin, Sozialpolitik sei der Inbegriff von Maßnahmen, die das gegenseitige Verhältnis der sozialen Klassen zu beeinflussen bezwecken (die Ansicht entspricht der Marxistischen Auffassung, daß alles gesellschaftliche Leben sich in Klassenkämpfen erschöpfe!). Zu weit ist umgekehrt die Ansicht Pribrams-Genf, die Sozialpolitik sei der Komplex der Bestrebungen und Maßnahmen, die eine Beschränkung der Selbstverantwortung des Individuums in dessen eigenem Interesse zum Ziel haben (das ist nichts weiter als ein Grundgedanke aller staatlichen Maßnahmen; zu billigen ist aber die Verankerung in Ethik und Sozialphilosophie). In beachtlicher Weise unterscheidet Stoltenberg Soziologie, Sozialethik und Sozialpolitik als die Lehren im ersten Fall von den wirklichen gesellschaftlichen Zuständen, im zweiten Fall von den gesellschaftlichen Zielen, im dritten Fall von den gesellschaftlichen Mitteln — eine unserer obigen Systematik nahestehende Ansicht. Goldscheid-Wien und Adler-Wien wenden sich gegen die formale Auffassung der Soziologie als Beziehungslehre.

II. Über das Thema „Wissenschaft und soziale Struktur“ referierten M. Scheler und M. Adler. Ersterer erging sich „phänomenologisch“ in stofflich sehr ausgedehnten „Untersuchungen“; er unterschied, an Comte anknüpfend, drei Arten des Wissens: Religion, Metaphysik und positive Wissenschaft, ließ diese Arten aber nebeneinander bestehen (im Gegensatz zu Comte, nach dem sie sich ablösen). Er fundierte diese drei Arten psychologisch auf verschiedene menschliche Triebe, mußte sich aber von dem Korreferenten den Einwand gefallen lassen, daß die erkenntnistheoretische Fundierung fehle, die den weitschweifenden, wenn auch geschichtsphilosophisch interessanten Ausführungen ein schärferes Gepräge verliehen hätte. Auch ist nicht recht einzusehen, daß die Religion „Wissen“ vermittele, wenigstens ein solches, das gemäß dem Thema „Wissenschaft und soziale Struktur“ von Bedeutung ist. Seine Behauptung, daß die Religionsstifter und Reformatoren den unteren Volksschichten entstammen, während Metaphysik ein gewisses Wohlbefinden voraussetze, ist von einem Diskussionsredner mit Recht angegriffen worden; m.E. gibt schon der durchaus nicht alleinstehende Fall Fichte zu denken. Mit Recht wurde von den folgenden Rednern auch die weitere Behauptung angegriffen, daß in Asien die Metaphysik, in Europa die Religion und die positive Wissenschaft siegten. Richtig mag dagegen sein, daß die Metaphysik, je unformulierter sie ist, um so mehr wirkt, wenigstens auf die breiten Massen. Ich will hoffen, daß hierdurch die Phänomenologen nicht noch mehr bestärkt werden in

ihrer Neigung zur Verschwommenheit; freilich liegt es ja im Wesen der Phänomenologie, die Erscheinungen zu deuten und vor allgemeinen Grundsätzen, Richtlinien, Formeln, Gesetzmäßigkeiten zurückzuhalten. Daher die Weitschweifigkeit, das fortwährende „Forschen“, die Sucht, überall Probleme zu sehen, nie zur Lösung, nie zum Abschluß zu gelangen. Gerade dieses Referat mit seiner — von den folgenden Rednern nachdrücklich gerügten — unscharfen Erfassung schon des Themas ist symptomatisch für die gesamte Richtung. Inwiefern die Wissenschaft sozial bedingt ist und in welchem Verhältnis überhaupt Wissenschaft und Gesellschaft (oder Soziologie) stehen, ist in Schärfe nicht aufs Korn genommen worden. In dieser Hinsicht ist von Dankmann bei der nachfolgenden Diskussion das Thema gut so formuliert: „Wie ist Soziologie als Wissenschaft möglich, wenn alle Wissenschaft von der Soziologie abhängt?“ Vor allem übersieht die Phänomenologie, daß ihre (gewiß zu billigende) Aufgabe, die Erscheinungen zu beschreiben und zu verstehen, nicht die einzige Aufgabe der Wissenschaft ist; es gibt auch normative Wissenschaften, wie die Ethik und die Rechtswissenschaft. Man kann eben verschiedene Standpunkte einnehmen und verschiedene Ziele verfolgen.

Gerade diese Erkenntnis von der Möglichkeit mehrerer Standpunkte führt m. E. aber zur Lösung des vorliegenden Problems. Man kann nämlich alle Wissenschaften soziologisch betrachten, d. h. untersuchen, inwieweit sie sozial bedingt sind oder soziale Wirkungen hervorrufen, soziale Ziele verfolgen. Man wird zugeben, daß die Zusammenhänge mit der Soziologie keine großen sind bei der Logik, bei der Mathematik, auch bei der Naturwissenschaft, insbesondere der theoretischen; ganz im Gegensatz zu den Geisteswissenschaften, insbesondere bei den Wissenschaften von Sprache, Recht, Sittlichkeit, Kunst, Religion. Diese Zusammenhänge im einzelnen zu untersuchen, erscheint mir die Aufgabe des Vortrags gewesen zu sein. Inwiefern sind berechtigt Soziologien der Sprache, des Rechts usw., aber auch des logischen und mathematischen Denkens? und nun allgemein eine Soziologie der Wissenschaft? Gewarnt werden muß aber nachdrücklich vor dem Irrtum, daß eine solche soziologische Untersuchung dem Wesen der betreffenden Wissenschaft (von der Sprache, dem Recht usw.) gerecht wird; eine Soziologie der Kunst kann uns nie das Wesen der Kunst, der Schönheit enthüllen, eine Soziologie der Religion nie das Wesen der Religion. Sie bleiben Soziologien; denn sie untersuchen nur unter soziologischem Gesichtspunkt gewisse kulturelle Erscheinungen, die sonst zum Gegenstand eigener wissenschaftlicher Betrachtung gemacht werden, sie untersuchen jene Gegenstände in ihrem Zusammenhang mit dem gesellschaftlichen Leben. Es wäre aber traurig um ein Kunstwerk oder um ein religiöses Bekenntnis bestellt, wenn sie sich allein in ihrer Bedeutung für das gesellschaftliche Zusammenleben der Menschen erschöpften. Diese Verschiedenheit des Standpunkts ist von den sämtlichen Rednern nicht genügend berücksichtigt worden.

Ganz anders faßte der zweite Redner, Adler, dasselbe Thema auf. Er stellt eine transzendente Kategorie des Sozialen auf; das Soziale ist bei ihm ein a priori in demselben Sinne wie bei Kant Raum und Zeit. Er verbindet die Denkweisen Kants und Marxs miteinander. Als Marxist vertritt er die ökonomische Geschichtsauffassung, indem er das Ökonomische ins Soziale erweitert. Und er unterscheidet demgemäß zwei Arten von Wissenschaften: eine stationär-bürgerliche und eine fort-

schrittlich-proletarische — eine Auffassung, die schon während des Vortrags mißbilligt wurde.

Auch die Diskussion brachte nicht entfernt eine Einigung, nicht einmal über die Problemstellung — eine Folge der viel zu weiten und unklaren Fassung des Themas (das Wort „Struktur“ ist echt „phänomenologischen“ Charakters), aber auch eine Folge mangelnder Übereinstimmung über Aufgabe und Ziel der Soziologie wie der Wissenschaft überhaupt.

C. Besprechungen.

Hans Ehrenberg, Disputation. Drei Bücher vom deutschen Idealismus. Drei-Masken-Verlag, München. 1923—25. 600 Seiten.

Die Themastellung dieses Werkes ist doppelter Art: das erste Thema, das zunächst das Blickfeld allein auszufüllen scheint, ist der Versuch einer den philosophischen Gehalt wie die geistesgeschichtliche Bedeutung umgreifenden Zusammenschau der historischen Erscheinung des klassischen deutschen Idealismus. Insoweit ist E.s Buch in eine Reihe zu stellen mit anderen Veröffentlichungen der letzten Zeit, in denen eine Herausarbeitung des Gesamtsinns der klassisch-idealistischen Epoche versucht wird. Freilich weicht E.s Buch der geistigen Gesamthaltung wie der Form nach — die drei Bände sind ausschließlich in der Form des Dialogs geschrieben — stark ab von der traditionellen wissenschaftlichen Betrachtungsart.

Das zweite Thema, das sich mehr und mehr als das eigentlich bewegende Motiv herausstellt, betrifft nichts anderes als die Wiederaufnahme des großen Problems des abendländischen Denkens: das Verhältnis von Philosophie und Religion. Ihm gegenüber tritt die erste Absicht mehr in den Hintergrund; die Darstellung des Idealismus ist nicht mehr Selbstzweck; die idealistische Philosophie behält nur noch die Funktion eines Paradigmas für eine bestimmte Art der Bewältigung des übergreifenden Problems. Und zwar bedeutet für E. die idealistische Lösung einen Abweg; er sieht in ihr die grandiose Ausprägung der mit den Griechen in das europäische Leben eintretenden Vergötterung des Logos, die letzte „Entfaltung der alten These von Elea“, in der alles auf den Begriff gesetzt, vom Denken alles erwartet, im Denken die eigentliche Wirklichkeit gefunden wird. Er spricht die Überzeugung aus, daß der Idealismus im letzten Grund ein „Versuch zum richtigen Zweck, aber mit untauglichen Mitteln“ sei. Die idealistische Philosophie erweist sich als „Philosophismus“, und ihr Zusammenbruch ist für E. eine innerlich notwendige Folge ihres Ausgangspunktes: der Fundamentalgleichung Denken — Wirklichkeit, durch die aller „Philosophismus“ charakterisiert ist.

In der Tragödie des Idealismus sieht E. die der Philosophie im großen Ausmaß symbolisiert. Derjenige Gesichtspunkt, der für E. als der schlechthin, auch über alle Ansprüche und Bemühungen des Denkens übergeordnete gilt, ist der theologische. An den religiösen Grundtat-

sachen und Heilsvorstellungen gemessen erscheint der Weg des Idealismus als Irrweg, als Abfall von Schöpfung und Offenbarung. In diesen Gedankengängen, die zuweilen geradezu die Färbung eines gegen die idealistische Philosophie gerichteten Exorzismus annehmen, kommt die philosophische Sonderstellung E.s am stärksten zum Ausdruck.

Wie man sich auch zu E.s Grundanschauungen stellen mag — die Anerkennung der Tatsache darf nicht verhindert werden, daß in diesem sprühend lebendig geschriebenen Buch sich eine ungewöhnliche Fülle neuer Einblicke in die innere Geschichte des Idealismus und das Wesen seiner drei Hauptgestalten Fichte, Schelling und Hegel auftut. Nicht nur eine von außen heranfühlende, rein intellektuelle Beziehung, sondern ein wirkliches Lebensverhältnis zu den philosophischen Kardinalproblemen des Idealismus bildet die Grundlage von E.s Werk, in dem jedenfalls eine so gründliche Umpflügung der gesamten idealistischen Denkmasse vorgenommen wird, wie sie in exakt-wissenschaftlichen Bearbeitungen des gleichen Gebiets nicht häufig gefunden wird.

München.

Dr. F. Seifert.

W. Kulemann, Landgerichtsrat a. D., *Die Genossenschaftsbewegung*. 2. Bd.: Systematischer Teil. Die Kulturbedeutung der Genossenschaften. Berlin 1925. Verlag von Otto Liebmann. 373 Seiten.

Der kürzlich verstorbene Landgerichtsrat Kulemann hat kurz vor seinem Tode noch die Freude erlebt, daß auch der zweite Band seines neuen Werkes über die Genossenschaftsbewegung im Buchhandel erscheinen konnte. Der unermüdliche Arbeiter hinterläßt sogar, wie aus dem Vorwort der hier angezeigten Schrift zu ersehen ist, noch ein druckfertiges Werk über „Soziale Grundprobleme“, dessen Veröffentlichung in nächster Zeit in Aussicht gestellt wird. Kulemann will es als eine Ergänzung seiner Betrachtungen über das Genossenschaftswesen beurteilt haben, und er scheint darin nach seinen Andeutungen über die Stellung der Genossenschaften im sozialen Gesamtverlauf Erwägungen anzustellen, von denen man deshalb bei der Beurteilung des vorliegenden Bandes schon gerne Kenntnis hätte, weil am Ende durch dieses Werk Lücken ausgefüllt werden, die das nunmehr abgeschlossene zweibändige Werk über die Genossenschaften aufweist.

Die nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen Ländern gegenüber der Vorkriegszeit feststellbare Vermehrung der literarischen Produktion über Fragen des Genossenschaftswesens dürfte vornehmlich auf zwei Gründe zurückzuführen sein: einmal auf allerhand in der Kriegs- und Nachkriegszeit entstandene Wirtschaftsprobleme, bei deren Lösung mitzuwirken die Genossenschaften geeignet erscheinen; dann aber auch auf die wachsende „Unruhe des Warumfragens“, die als Folge der gewaltigen sozialen Erschütterungen dieser Zeit die Köpfe der Soziologen und Sozialökonomien erfüllt. Kulemann besaß zweifellos einen starken Sinn für eine solche Art von „Aktualität“, das zeigt die lange Liste seiner Schriften, die sich vorzugsweise mit drängenden Gegenwartsfragen beschäftigten. Er hat mit emsigem Fleiße an Material über die Beurteilung des Genossenschaftswesens zusammengesucht, was er nur irgendwo finden konnte, aber es fehlte ihm doch das Hauptsächlichste: das Verständnis für die eigentliche Wesenheit des Genossenschaftswesens, das für die richtige Beurteilung dieses vielseitigen, in allen Formen auftretenden und auf allen Gebieten sich betätigenden Wirtschaftsgebildes unerläßlich ist. Im ersten Bande, in dem er den ge-

schichtlichen Verlauf der Genossenschaftsbewegung darstellte, tritt uns eine reine Tatsachensammlung entgegen, die, obwohl nicht frei von Irrtümern, doch zu begrüßen ist, weil sie eine Lücke in der deutschen Genossenschaftsliteratur ausfüllte. Die Aufgaben, die sich Kulemann im zweiten Band seines Werkes gestellt hat, erfordern zu ihrer Lösung aber andere Eigenschaften als die des fleißigen und kenntnisreichen Tatsachensammlers und Zustandsschilderers. Kulemann will in diesem Bande die Genossenschaftsbewegung, wie er selbst sagt, nach ihrer prinzipiellen Seite hin untersuchen: „also kurz gesagt, ihre Kulturbedeutung zeigen“. Das ist ein schwieriges Unterfangen. Denn im Grunde genommen bedeutet es, den Genossenschaften ihren Platz im Lehrgebäude der theoretischen Sozialökonomik anzuweisen; eine Aufgabe, die bisher noch nicht erfolgreich gelöst werden konnte und an die sich meistens bisher nur solche Schriftsteller herangetraut haben, die mit dem Objekt ihrer Tätigkeit nicht durch jenes enge Band verbunden waren, das geknüpft wird, wenn die Beschäftigung mit einer Frage — praktisch und theoretisch — zu einer Lebensaufgabe wird. Von Genossenschaftstheorie liest man manchmal, was aber nichts daran ändert, daß wir eine solche nicht besitzen. Wie sehr die Meinungen auf diesem Gebiet auseinandergehen, zeigt sich auf den S. 15 und 21 der vorliegenden Schrift, auf denen Kulemann einige Begriffsbestimmungen über Genossenschaften wiedergibt und erläutert. Eine Einigung über den Genossenschaftsbegriff war bisher nicht zu erzielen, und wenn Kulemann selbst sie als Vereinigungen definiert, „die einerseits eine Tätigkeit ausschließlich auf privatrechtlichem Gebiete ausüben, und bei denen andererseits die Zugehörigkeit durch den freien Entschluß begründet wird,“ so sind das zwar formal zutreffende Kennzeichen, aber so nichtssagend für Bedeutung und Wesenheit der Genossenschaften wie die meisten anderen Begriffsbestimmungen, die existieren. Kulemann erweitert nun in einer Hinsicht die Aufgabe, die er sich selbst gestellt hat, aber er verengert sie auch zugleich. Er will nämlich untersuchen, in welchem Verhältnis die Genossenschaften, kurz gesagt, zum Sozialismus stehen. Das ist keine kleine Aufgabe, denn sie bedeutet tatsächlich von der grundsätzlichen Seite her die Lösung einer Frage, die seit langem die Genossenschaftsspezialisten aller Länder und aller Arten beschäftigt, ohne daß bisher ein Resultat zu erzielen gewesen wäre. In praktischer Hinsicht hat allerdings diese breite grundsätzliche Unterlage der Kulemannschen Untersuchung die Folge, daß er zahlreiche Genossenschaften deshalb aus seinem Untersuchungsbereich ausschalten kann, weil sie mit dem Sozialismus im landläufigen Sinne des Wortes sicherlich nichts zu tun haben; zum Beispiel die Kreditgenossenschaften, die zahlreichste Gruppe, die es in Deutschland gibt, und ebenso andere Genossenschaftsformen, die dem Handwerk, dem Handel und der Landwirtschaft dienen; alles ganz unzweifelhafte Genossenschaften, aber ebenso unzweifelhafte Förderer einer Art von Individualismus, der im geraden Gegensatz zu heute vorwiegenden Typus des Sozialismus, zum Sozialismus marxistischer Prägung steht.

So erklärt sich der etwas eigenartig anmutende Haupteinwand, der gegen das Kulemannsche Buch erhoben werden muß: es ist einseitig, weil es seinen Aufgabenkreis allzuweit gezogen hat. Kulemann interessiert eigentlich nur die Genossenschaften, die mit dem Sozialismus in irgendeine Verbindung gebracht werden können, nämlich die sogenannten Produktivgenossenschaften, Konsumvereine und die Baugenossenschaften, also die sogenannten Verbraucher-genossen-

schaften. Zusammen mit den eigentlichen Produktivgenossenschaften werden dann noch besondere Formen des Bauern- und Handwerker-genossenschaftswesens in übrigens unbefriedigender Weise erörtert, und mit der Behandlung des Konsumvereinswesens wird die Behandlung von Konsumentenkammern und Käuferligen, Gebilden höchst fragwürdiger Art, die mit Genossenschaften gar nichts zu tun haben, verbunden. Aber vergeblich wird man in dem Buch eine Würdigung der landwirtschaftlichen Genossenschaftsbewegung in ihrer Gesamtheit suchen, obgleich die wirtschaftliche Blüte, die technischen Leistungen und die Sicherheit der bäuerlichen Besitzform gegenüber Entwicklungstendenzen zum Großbetrieb der bäuerlichen Bevölkerung in Deutschland, Holland, Dänemark, der Schweiz, den skandinavischen Ländern, in Polen, der Tschechoslovakei und in vielen anderen europäischen und außereuropäischen Ländern auf dem landwirtschaftlichen Genossenschaftswesen beruht. Dieses ist heute das bedeutsamste und in sozialer und wirtschaftlicher Hinsicht wichtigste Glied der genossenschaftlichen Gesamtbewegung. Es ist möglich, daß die Verbrauchergenossenschaften dereinst zu größerer wirtschaftlicher und sozialer Bedeutung gelangen, und es soll daher kein Wort hier dagegen gesagt werden, daß in dem Kulemannschen Buch eigentlich nur die Verbrauchergenossenschaften zu ihrem Rechte gelangen. Aber eine erschöpfende Würdigung der sozialen Bedeutung der Genossenschaftsbewegung kann natürlich nicht an dem imponierenden landwirtschaftlichen Genossenschaftswesen mit solchen inhaltslosen und beiläufigen Bemerkungen vorübergehen, wie es in dem Kulemannschen Buche geschieht. Allerdings das Verhältnis des Sozialismus zum landwirtschaftlichen Genossenschaftswesen ist ein außerordentlich schwieriges Gebiet. Wenn man sich aber vornimmt, die Kulturbedeutung der Genossenschaftsbewegung zu zeigen, darf man nicht an ihrer wirksamsten Form vorübergehen. Und selbst, wenn man die Frage des Verhältnisses der Genossenschaften zum Sozialismus erörtert, ist es unstatthaft, Probleme von dem Schwergewicht zu ignorieren, wie sie für dieses Thema durch die erfolgreiche Entwicklung der Bauerngenossenschaften in allen Ländern, in denen Bauern leben, gegeben sind.

Auch der zweite Band des Buches von Kulemann ist im großen und ganzen nichts anderes als eine fleißige Materialsammlung über eine Anzahl die Genossenschaftswelt bewegende Fragen. Die Beschränkung auf die Verbrauchergenossenschaften widerspricht nur den im Vorwort von Kulemann wiedergegebenen Absichten, die er in seinem Buche verfolgt. Wer sich aber für die besonders mit den Verbrauchergenossenschaften im Zusammenhang stehenden Genossenschaftsprobleme interessiert, wird das Buch mit Nutzen verwenden können. Die von Kulemann aus Eigenem beigesteuerten Lösungsversuche bestimmter Spezialfragen können keinen Anspruch auf besondere Beachtung erheben. Aber sein Talent zur Sammlung von Tatsachen zeigt sich auch in diesem, der theoretischen Bedeutung des Genossenschaftswesens gewidmeten Bande, nur daß man darin keine Lösung von angeschnittenen Problemen, sondern Materialien zur Beurteilung eines Teiles der Genossenschaftsprobleme findet. Da das Material zur Beurteilung zahlreicher umstrittener Einzelfragen bisher nur an zahlreichen Stellen zerstreut vorhanden war, füllt auch der zweite Band genau wie der erste eine Lücke aus, wofür man dem Verfasser und dem Verlage dankbar sein kann.

Berlin.

Dr. Aug. Müller,

Universitätsprofessor, Staatssekretär a.D.

Walter Lustig, Dr. med. et phil., *Der Arzt als öffentlicher Gesundheitsbeamter, Gesundheitspolitiker und gerichtlicher Sachverständiger. Ein Handbuch für Medizinal-, Verwaltungs- und richterliche Beamte.* S. Karger, Berlin 1926. 570 S.

Das Buch bietet in äußerst gedrängter und gleichwohl sprachlich wohlgeformter Darstellung ein System des medizinisch relevanten Rechts und der rechtlich relevanten Medizin. Von seinen vier Hauptteilen bringt der erste (Medizinalverwaltung, Medizinalgesetzgebung und öffentliche Gesundheitspflege) hauptsächlich eine Darlegung der Gesetzesbestimmungen, der dritte (Natürliche Hygiene) und vierte (Gerichtliche Medizin) eine Zusammenfassung des gesicherten Wissens auf diesen viel bearbeiteten Gebieten. Den Schwerpunkt der selbständigen wissenschaftlichen Arbeit bildet unseres Erachtens die den zweiten Hauptteil füllende Darstellung der Sozialhygiene, worin Lustig den Zusammenhang zwischen den äußeren Lebensbedingungen und der Volksgesundheit und zwischen dieser und der Volkswohlfahrt mit Gründlichkeit und treffsicherem Urteil in strittigen Fragen nachgeht. Wo sich rechtspolitische Forderungen ergeben, nimmt der Verfasser (wie z. B. in der Eugenik) eine (vom Standpunkt des Medizinalbeamten wohl begreifliche) mehr vorsichtige Haltung ein. In den gerichtlich-medizinischen Lehren ließen sich, juristisch-dogmatisch betrachtet, manche Kleinigkeiten bemängeln, so z.B. die Abgrenzung der Funktion des Arztes als Zeuge von der als Sachverständiger (S. 378), die Einreihung der (übrigens trotz ihrer Kürze klar verständlichen und guten) Darstellung der Geheimhaltungspflicht des Arztes nach § 300 StGB. unter die „Gründe, bei denen die Zeugnisverweigerung von seinem freien Entschluß abhängt“, sowie die höchstens kriminalpolitisch, aber doch nicht de lege lata zu rechtfertigende Behauptung, daß der normale Rausch nur dann unter § 51 fällt, wenn ein lebensgefährlicher Zustand vorliegt. Im ganzen jedoch ein wohl durchgearbeitetes Werk, das als Handbuch für Medizinal-, wie Verwaltungsbeamte, aber auch als Nachschlagewerk für Richter (ausführliches Sachregister!) seinen Zweck voll erreichen wird.

Graz.

Dozent E. Seelig.

Walter Lustig, Dr. med. et phil., *Leitfaden der gerichtlichen Medizin einschließlich der gerichtlichen Psychiatrie für studierende Ärzte und Juristen*, S. Karger, Berlin 1926. 174 S.

Aus dem vorangezeigten Werke ist der vierte Teil als Sonderabdruck erschienen und stellt in dieser Form einen handlichen Grundriß der gerichtlichen Medizin dar.

Graz.

Dozent E. Seelig.

Mezger, *Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Grenzfragen des Nerven- und Seelenlebens.* Heft 124. München, J. F. Bergmann, 1926.

Die neue Schrift Edmund Mezgers zeigt seine bekannten Vorzüge: große Belesenheit in der psychiatrischen Literatur und trotzdem völliges Freisein von verwischender Betrachtungsweise, starres (manchmal vielleicht ängstliches) Festhalten an der juristisch-logischen Methode.

Die durch Unzurechnungsfähigkeit dem Schuldurteil entzogenen Taten teilt Mezger in zwei Gruppen ein: 1. Die persönlichkeitsfremden Taten normaler Personen und 2. die persönlichkeitsgemäßen Taten abnormer Personen: „§ 51 StGB. umfaßt sowohl persönlichkeitsfremde exzentrische Taten wie auch die Taten fremdartiger, exzentrischer, abnormer Persönlichkeiten.“ Die erste Gruppe wird man auch in Zukunft nicht bloß straflos lassen müssen, sondern ihr überhaupt kriminalpolitisch machtlos gegenüberstehen. Dagegen wird für die zweite Gruppe seit langem mit Recht die Forderung erhoben, daß gegen die straffreien unzurechnungsfähigen Gemeingefährlichen Sicherheitsmaßnahmen veranlaßt werden sollen. Als „nächstes Ziel einer wissenschaftlichen Kriminalpolitik“ erscheint Mezger: „biologisch begründete kriminelle Persönlichkeitstypen zu erforschen und zu gestalten, an Hand deren die Gesetzgebung neben einer scharf umrissenen Tathaftung eine ähnlich umschriebene Täterhaftung begründen kann“. (S. 42.)

Den „abnormen Persönlichkeiten“ ist es in mancher Hinsicht bisher strafrechtlich zu gut gegangen. Mancher, dem irgendein Strafgericht mal die Unzurechnungsfähigkeit bescheinigt hatte, hat sich danach gerühmt, einen „Jagdschein“ zu besitzen. Er sei ja „Psychopath“, „Geisteskranker“; ihm könne keiner. Längst haben die Kriminalisten jeder Richtung und Schule erkannt, daß das Strafrecht hier versagt, daß ein Sicherungsrecht gegen gefährliche Persönlichkeiten hinzutreten muß. Mezger fordert mehr als das. Er will auch das Strafrecht unter Umständen auf Geisteskranke anwenden. Seine Schrift nimmt gründlich und scharfsinnig zu dem von Ziehen angeregten Problem der partiellen Zurechnungsfähigkeit Stellung.

Ziehen hatte 1899 in der Monatsschrift für Psychiatrie und Neurologie (S. 52) die Forderung erhoben: paranoiische Wahnvorstellungen nur dann als Entschuldigungsgrund anzuerkennen, wenn nachgewiesen sei, „daß die Wahnvorstellung wirklich auch bei der psychologischen Entstehung der speziell unter Anklage stehenden Strafhandlung eine Rolle gespielt hat. Auf den Nachweis dieses Einflusses kommt alles an.“ Diese Gedanken Ziehens sind im selben Jahre 1899 von der Jahresversammlung der deutschen Irrenärzte in Halle abgelehnt worden. Der entschiedenste literarische Gegner ist ihnen 1901 in Aschaffenberg erstanden (Hoches Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie, 1. Aufl., S. 30 ff.).

Ziehens Gegner weisen darauf hin, daß § 51 nur zeitliches Zusammentreffen und keinen kausalen Zusammenhang verlange. Für sie steht die Einheit der krankhaften Persönlichkeit im Vordergrund.

In letzter Zeit sind aber bedeutende Psychiater für Ziehens Forderung der partiellen Zurechnungsfähigkeit eingetreten (Bleuler, Bonhoeffer, Wetzel). Ihnen schließt sich Mezger an und gibt damit seinen eigenen früheren Standpunkt auf. Er fordert besonders die Verantwortlichkeit für bestimmte Deliktgruppen und die Zurechnungsfähigkeit bei gewissen „stationären Krankheitszuständen“. „Die Frage nach der Beurteilung stationärer Krankheitszustände, wie sie von Bleuler und Kahn zur Diskussion gestellt ist, bedeutet eine außerordentlich interessante Wendung unseres Problems, die gerade unter den hier im Mittelpunkt stehenden Gesichtspunkten die größte Aufmerksamkeit verdient. Wir haben es bei der (später zum Stillstand gelangten)

geistigen Erkrankungen — z. B. der einsetzenden Schizophrenie — zunächst mit einer persönlichkeitsfremden Psychose zu tun, deren zu rechnungsausschließende Wirkung ganz den sonst für Psychosen geltenden Regeln folgt. Aber nun verschiebt sich der leitende Gesichtspunkt: die zum Stillstand gelangte Psychose verliert als solche ihre Bedeutung für § 51 StGB., läßt aber eine bleibende Persönlichkeitsveränderung zurück.“ Nun soll sich „die zwar gegen früher veränderte, aber jetzt wieder relativ konstant gewordene „Persönlichkeit“ des Täters eine Beurteilung gefallen lassen müssen, wie jede andere — — auch“. Dieser Standpunkt erscheint Mezger durchaus gerechtfertigt: „Solange die Stürme der Psychose dauern, ist das von fremden Regungen besessene Individuum keiner Verantwortung fähig; sobald der Zustand ein stationärer geworden, das Individuum also wieder in der Lage ist, sich konstanten inneren Verhältnissen anzupassen, tritt der Gesichtspunkt der vorangegangenen Psychose zurück und entscheidet allein das Maß der eingetretenen Persönlichkeitsabnormität.“

Gegen die geforderte partielle Zurechnungsfähigkeit Geisteskranker glaube ich entschieden Stellung nehmen zu müssen. Ich bedauere, daß ein so vorsichtig und sauber denkender Jurist wie Mezger sich entgegen seiner eigenen früheren Überzeugung von der Psychiatrie hat verführen lassen. Er wäre der Verführung nicht erlegen, wenn er die feine Auffassung M. E. Meyers nicht so schnell als geistreiche „Resignationstheorie“ abgelehnt, sondern in ihrer tiefen Berechtigung besser gewürdigt hätte. M. E. Mayer sieht bekanntlich den Grund der Unzurechnungsfähigkeit, den Grund der Straflosigkeit darin, daß der Richter den Geisteskranken nicht mehr verstehen könne und darum nicht verurteilen dürfe. Mezger aber traut ersichtlich den Psychiatern die Fähigkeit zu, sich in die Seele des Abnormen zu versetzen, seine Motivation zu verstehen und zu entscheiden, wann ein Paranoiker „normal“, wann er unter dem Einflusse seiner Wahnvorstellungen gehandelt habe. Mir aber scheint: wir müssen von jedem Richter und Arzt verlangen, daß er vor der Seele eines Menschen, über den einmal die Furiën des Wahnsinns gegangen sind, resigniere. Jede andere Haltung wäre Anmaßung.

Es wundert mich, daß ein so bedeutender und darum die Grenzen seines Könnens so klar und bescheiden sehender Gelehrter wie Bleuler für die partielle Zurechnungsfähigkeit eingetreten ist. Selten hat ein Psychiater die Unvollkommenheit, die Unwissenheit seiner Wissenschaft so ehrlich und schonungslos aufgedeckt, wie er in seinem berühmten Buch über *Dementia praecox*. Und ich wundere mich, daß der noch vorsichtigere Mezger ihm gefolgt ist. Ich freue mich, an andern Stellen der Mezgerschen Schrift Sätze zu finden, die vor der gefährlichen Anmaßung warnen, mit einseitigen Erbbiologen und anderen Modekriminalisten für Strafrechtsreform zu „arbeiten“. „Die Geisteskrankheiten lassen sich in ihrem vollen Wesen nur von ganz verschiedenen Seiten her wirklich erfassen; sie erfordern nach Kretschmer eine „mehrdimensionale Diagnostik“.

Es tut wohl, diese fachmännische Besonnenheit in einer Zeit zu hören, in der ein Ministerialrat und Referent für Gefängniswesen allen Ernstes fordert, man solle bei Polizeibehörden, Kirchen und Schulen den Stammbaum eines jeden Gefangenen erfragen und danach auf Grund dieser „wissenschaftlichen“, „erbbiologischen“ Untersuchung entscheiden, ob er „verbesserlich“ oder „unverbesserlich“ sei. Dieser Vorschlag (Degen, i. Schriften z. modernen Strafvollzug, Heft 3

S. 7ff., Hamburg 1926) ist zwar ungefährlich, denn er ist praktisch undurchführbar, wie jeder weiß, der Personalakten von Gefangenen mit den sehr dürftigen Angaben über die Vorfahren kennt. Aber die Tendenz ist gefährlich. Könnten Voltaire, Montesquieu, Beccaria und Anselm von Feuerbach zu uns sprechen, sie riefen uns aus ihren Gräbern zu: „Dafür haben wir nicht das Individuum von willkürlichen Staatsbeamten und anmaßenden Pfaffen befreit, daß es der Allmacht der Psychiater und Erbbiologen ausgeliefert werde. Wir protestieren dagegen, daß Menschen sich auf Grund ihres Aberglaubens und einer Scheinwissenschaft ein Urteil über das Innerste einer Menschenseele, ein Urteil über den ganzen Kosmos der menschlichen Persönlichkeit anmaßen. Wir haben die Regierwillkür in des Rechtsstaates Fesseln geschlagen.“ — Manche dieser Fesseln werden zerbrechen. Nicht alle! Jede Strafrechtsreform wird in die Gräber lauschen müssen, um die Stimmen derer zu hören, die den Rechtsstaat gegründet haben.

Hamburg.

Privatdozent Dr. Arthur Wegner.

Untersuchungen über Irrtümer moderner Geldverbesserer von **Franz Haber**. Jena 1926, Verlag von Gustav Fischer.

Die vorliegende Arbeit behandelt in ihrem Hauptteil die Geldlehren und Reformvorschläge von Berthold Otto, Silvio Gsell, Gottfried Feder, Prof. Oppermann und Emil Hubricht mit anschließender Kritik. Vorausgeschickt ist eine positive Theorie des Geldes sowie eine geldpolitische Betrachtung vom Standpunkt des Verfassers aus, wobei dieser sich unbedingt auf den Boden der reinen Quantitätstheorie stellt. Das Wesen des Geldes erscheint als Beteiligungsmöglichkeit am Sozialprodukt (cft. Elster), die funktionellen Eigenschaften des Geldes bestimmt nach der quantitätstheoretischen Formel $\text{Preis} = (\text{wirksame}) \text{ Geldmenge mal Umlaufgeschwindigkeit}$, dividiert durch das Handelsvolumen. An Hand dieser Geldlehre erfolgt alsdann auch die Kritik der dargestellten Reformvorschläge, wobei vielfach Erfahrungen aus der Kriegs- und Inflationszeit herangezogen werden.

Die Schrift bietet in ihrer zusammenhängenden Behandlung der wesentlichsten „revolutionären“ Geldreformpläne und deren Kritik eine recht instruktive Unterlage für weitere Befassung mit dem Geldproblem. In dem gesteckten Rahmen der Arbeit mußte der Verfasser sich allerdings darauf beschränken, das Wesentliche herauszuarbeiten, wodurch verschiedene Einzelgesichtspunkte, in der Darstellung der Reformgeldlehren sowohl als in der Kritik und der zugrunde liegenden Eigentheorie des Verfassers, nicht zu voller Würdigung kommen können. In der gebotenen positiven Theorie wäre es z. B. immerhin erwünscht, wenn die sehr wesentlichen psychologischen und soziologischen Momente etwas behandelt würden, die in der Praxis die an sich anzuerkennende quantitätstheoretische Dynamik stark zu modifizieren in der Lage sind. Dasselbe gilt von den intervalutarischen Geldbeziehungen, die ebenfalls vielleicht noch etwas ausführlicher behandelt werden könnten.

Dr. v. Waechter, Stuttgart.

Karl Neubecker, von **Paul Abraham**. Bio-Bibliographische Beiträge zur Geschichte der Rechts- und Staatswissenschaften, Abt. Rechtswissensch., Heft 2. Berlin, R. L. Prager, 1925. 31 S.

Abraham läßt seiner Bio-Bibliographie Seckels (vgl. diese Zeitschr. Bd. 19 S. 318) eine entsprechende Arbeit über den 1923 im Alter von nur

51 Jahren verstorbenen Heidelberger Meister der Rechtsvergleichung folgen. Er zeichnet treffend das Lebensbild Neubeckers, bei dem glückliche Verbindung ungewöhnlichen Sprachtalents und juristischer Begabung zu einem erstaunlich vielseitigen Schaffen namentlich in modern-rechtsvergleichender Beziehung führte, während die vergleichende Rechtswissenschaft sich sonst in Deutschland noch vorwiegend mit primitiven Völkerschaften beschäftigte und Vergleichung moderner Kulturrechte nur ausnahmsweise betrieb. Daß hier etwas versäumt wurde, hatte Neubecker klar erkannt und nach Kräften eine Lücke auszufüllen unternehmen, die den meisten deutschen Juristen erst nach dem Versailler Vertrag zum Bewußtsein kam.

Der bibliographische Teil gibt eine sehr willkommene Zusammenstellung der vielfältig zerstreuten Veröffentlichungen Neubeckers in rund 140 Nummern.

Königsberg.

Prof. Dr. Erich Genzmer.

Friedrich Wieser, Das Gesetz der Macht. Wien, J. Springer, 1926. 562 S. 27 RM., in Halbleder 33 RM.

Hört man den Titel, so könnte man eine erkenntnistheoretische oder geschichtslogische Untersuchung erwarten. Wer aber die früheren Werke unseres Autors kennt, wird wissen, daß eine mehr in das Reich der historischen Tatsächlichkeiten gehende, soziologische, und zwar — wenn man die übliche Einteilung der Soziologie zugrunde legt — eine mehr material-geschichtsphilosophisch als formal-analytisch orientierte soziologische Untersuchung vorgelegt wird. An einem überreichen Material des geschichtlich-gesellschaftlichen Lebens wird das „Gesetz der Macht“ dargelegt, oder besser umgekehrt: das geschichtlich-gesellschaftliche Leben wird unter dem Gesichtspunkt der Macht betrachtet. Das monumentale Werk selbst bedeutet das Ergebnis eines reichen wissenschaftlichen Lebens und offenbart zugleich den angesehenen Forscher und die bedeutende Persönlichkeit; es ist eine glückliche Vereinigung objektiver Forschungsarbeit mit persönlichen Bekenntnissen, eine objektiv kritische Darstellung der Fülle historisch-sozialer Tatsachen, aber nicht ohne persönliche Note. Der Autor hebt selbst im Vorwort hervor, er habe sich auf andere Schriftsteller, die den gleichen Gegenstand behandelt haben, nicht berufen können, seine Arbeit habe zu den meisten Arbeiten auf diesem Gebiete keine engeren Beziehungen; daher finden sich in dem umfangreichen Buche wenige literarische Berufungen und kaum eingehendere literarische Auseinandersetzungen — und nun folgt ein persönliches Bekenntnis, wie er die Tatsachen und Gedanken dieses Buches gesammelt habe. Die Erkenntnisquelle war nicht die soziologische Literatur, sondern das Studium der Geschichte des eigenen Volkes und fremder Völker, das Studium während eines Menschenlebens von den Knabenjahren an, sodann die politischen Interessen, ferner die wissenschaftliche und später auch an leitender Stelle die praktische Beschäftigung mit der Volkswirtschaftslehre, schließlich das gewaltige Erlebnis des Weltkriegs und seines Ausganges, die Erschütterung der Seele in tiefstem Inneren und doch wieder die lebensbejahende feste Zuversicht auf eine bessere Zukunft. „Was die Sache anlangt, so stelle ich mich auf die Seite der Friedenspartei; was aber die Personen anlangt, mit denen ich zu gehen die Neigung habe, so finde ich in den Reihen der Friedenspartei nur wenige ausgezeichnete Männer, denen folgen zu dürfen ich als Ehre betrachte; die große Masse der Friedensfreunde ist

müde und kraftlos und wird die hohe Sache des Friedens verderben. Was heute unter den Kulturvölkern treibende Kraft besitzt, ist . . . zum Teil noch immer in den Reihen der Kriegspartei gesammelt, oder wird sich wieder unter den Fahnen sammeln, wenn das Vaterland rufen sollte. Aus vollster Überzeugung kann ich sagen, daß ich den kraftentschlossenen Männern, die durch ihr vaterländisches Gefühl zum Kampfe getrieben werden, nicht feindselig gegenüberstehe; ich beuge mich vor ihrer Tapferkeit und ihrem Opfermute.“ Aber der Autor ruft doch auf, daß der heldenhafte Geist jener Märtyrer, die für das Vaterland gelitten haben, der Sache des Friedens dienen möge. Und er bekennt, daß er die Helden, die sich dem Vaterland geopfert haben, vor Augen gehabt hätte, als er an diesem Buche gearbeitet habe.

Diese Charakterisierung des (übrigens in leichtverständlicher und formschöner Sprache geschriebenen) Buches zeigt, daß man es selbst lesen und auf sich wirken lassen muß; nur dann kann man seinen Reichtum voll erfassen und die Fülle der historischen und soziologischen Parallelen würdigen. Unsere folgende Besprechung vermag nur eine unvollkommene Übersicht zu geben, nur einige Einzelheiten zu skizzieren, nur an einigen Stellen Kritik zu üben, die sich aus dem Rahmen des Ganzen ergibt; Einzelkritik ist angesichts eines solchen Werkes, das doch nur als Ganzes, wie es konzipiert ist, auch gewürdigt werden darf, gar nicht am Platze. Bei dem „allgemeinen Aufbau von Macht und Gesellschaft“ geht unser Autor von dem Gesetz der kleinen Zahl als dem innersten Problem der Macht aus; der eine oder die wenigen herrschen über die vielen. Dann trat der Gedanke der Volkssouveränität gegenüber. Die Völker streben nach höchster Macht; und diese ist der höchste Wert, nach dem die Völker gezählt und gewogen werden. Hier muß ich den Leser aber vor einem Mißverständnis warnen: Macht und Wert sind an sich Gegensätze; Macht ist etwas Tatsächliches, das noch nicht als Wertmaßstab angesprochen werden darf. Die Geschichte wird allerdings von dem Gesetz der Macht beherrscht (ich selbst habe daher als das historische Grundgesetz geradezu das „Gesetz der Macht“ bezeichnet und diesem auch in der beschreibenden Soziologie erste Bedeutung eingeräumt); aber das bloß Tatsächliche kann noch nichts über seinen Wert aussagen, es muß vielmehr daraufhin beurteilt werden, ob es gewissen sozialen oder ethischen Normen entspricht oder ihnen zuwiderläuft. Das ist im Grunde auch die Anschauung des vorliegenden Buches; denn es wird anerkannt, daß nicht die äußere Macht alles entscheidet, sondern die „innere Macht“, die mitunter das Gehäuse der äußeren Macht bricht: „im Laufe der Geschichte wandelt sich das Gesetz der äußeren Macht zu den milderen Geboten von Recht und Sittlichkeit.“ Diese „Innere Macht“ ist also offenbar eine solche, die zugleich von Wert ist. Ob die äußere Macht aber schließlich doch immer von innerer Macht getragen ist, wie unser Autor (S. 6) meint, möchte ich bezweifeln.

Die äußeren und inneren Mächte werden darauf am Weltkrieg erläutert, der nicht nur Interessen-, sondern auch Ideenkrieg gewesen ist; der Sieg, den die Entente an der Front nicht zu gewinnen vermochte, wurde schließlich durch den Zusammenbruch der Gemüter im Hinterlande entschieden. Der Sieg der Waffen bringt nicht die letzte Entscheidung. Auch in der Politik ist Real- und Ideenpolitik zu unterscheiden; eine wirksame Realpolitik muß auch eine Ideenpolitik sein. Kein Staatsmann wäre groß zu nennen, der sich nicht auch der wirksamen Ideen der Zeit zu seinen Zwecken bedient hätte. Die Macht entwickelt sich in den Machtverbänden oder Gemeinschaften; hier werden

„Bluts- und Werkgemeinschaften“ unterschieden. Zu den ersteren gehört die Familie, die Grundform der Gemeinschaft, aus der sich die anderen Gemeinschaften entwickelt haben. Die Blutsgemeinschaften sind aber nicht instand gewesen, sich zu größeren gesellschaftlichen Verbänden zu entwickeln. Es wird zutreffend darauf abgestellt, daß unter den Gemeinschaften die einen mehr auf den Ursprung, die anderen mehr auf den Zweck Gewicht legen, ob wohl im Grunde alle Gemeinschaften (von objektiv kulturellem Standpunkt) eine soziale Tendenz verfolgen. Die zwingende Kraft der Werkgemeinschaft geht vom Erfolg aus, den ihr Wirken schafft; daher wächst sie, während die Blutsgemeinschaft vergeht, und in der Geschichte entscheidet der Erfolg, d. i. eben die Macht. Weiter werden Zwangs- und Freiheitsmächte unterschieden; der Staat gehört in die erste Gruppe, selbst wenn er der freieste Staat ist. Die wichtigsten gesellschaftlichen Werke sind die der Staaten- und der Kulturbegründung; Adel und Geistlichkeit werden die Machthaber jener geschichtlichen Epoche. Erst in der Gegenwart ist das Wirtschaften in die vorderste Reihe der gesellschaftlichen Werke getreten. Mit Recht wird betont, daß die geschichtlichen Epochen nicht den biologischen Stadien in der Entwicklung der Einzelmenschen entsprechen, wie vielfach irrig angenommen wird. Verfall eines Volkes bedeutet noch nicht seinen Untergang; ja ein Volk geht überhaupt selten völlig in der Weise unter, wie ein Mensch den körperlichen Tod erleidet. Ferner zeigt jede Volksgeschichte die Erscheinung wiederholter Pubertät, wie sie das persönliche Wachstum ebenfalls nicht kennt. Die Macht als solche verbürgt auch in der Gesellschaft und in dem Leben des Volkes nicht den höchsten Nutzen; das utilitarische Prinzip verwirklicht sich im sozialen Leben keineswegs immer.

Alle Verfassungen werden auf eine einzige Grundform zurückgeführt: auf die Verteilung der Macht zwischen Führer und Masse. Das Führerproblem wird demgemäß einer eingehenden Erörterung unterworfen, wobei von besonderem Interesse die Unterscheidung von drei „Führerschichten“ ist: Führervolk, Führerstand, Führerklasse. Verhältnismäßig zurück tritt die Erörterung des auch für das Machtproblem erheblichen Rechtsproblems; man sollte sie erwarten bei der Darstellung der gesellschaftlichen Willensbildung (S. 157 ff.). Statt dessen wird es an den verschiedensten Stellen berührt und vielfach in einer auch den Juristen stark interessierenden, eigenartigen Weise beleuchtet (vgl. etwa S. 79, 80, 112, 174, 255, 262, 271, 283), immer im Hinblick auf den Machtgedanken. An Bedeutung zurück treten auch, wie es unter dem Gesichtspunkt der Macht nicht anders sein kann, die Kulturmächte: Glaube, Kunst, Wissen. Über die Krise unserer gegenwärtigen Kultur werden leider nur zu berechnigte Worte gesprochen. Eine tiefe Betrachtung wird über die geheimnisvolle innere Volkskraft angestellt. Einen breiten Raum nehmen die Erörterungen über das geschichtliche Werden der Macht ein mit einer eigenartigen Einteilung der Zeitalter.

Die Wissenschaft wird dem Autor für das hervorragende Werk ihren Dank wissen.

Königsberg.

W. Sauer.

Othmar Spann, Soziologie. Im Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 4. Auflage. Herausgegeben von L. Elster, Ad. Weber, Fr. Wieser. Bd. VII. Jena (G. Fischer), 1926. S. 650—661.

Auf knappem Raum wird das System des Vf. dargestellt, wie er es in früheren Werken, insbesondere dem „Wahren Staat“, der „Gesell-

schaftslehre“ und der „Kategorienlehre“ entworfen hat*). In dieser kurzen Zusammenfassung interessiert vor allem zweierlei: die Gruppierung fremder Ansichten und die Heraushebung des im Sinne des Vfs. Wesentlichen. Er unterscheidet zwei Hauptgruppen: die naturalistische und die idealistische. Zu ersterer rechnet er nicht weniger als zehn verschiedene Richtungen; jedoch vereinfacht sich das Bild, denn offenbar gehört die physikalische Richtung (Durkheim) zur organischen (Comte) und die Massenpsychologie (Le Bon) zum Psychologismus (Tarde). Auch sonst ließe sich die Übersicht noch etwas grundsätzlicher gestalten; denn einige dieser „naturalistischen“ Richtungen sind rein naturwissenschaftliche, andere dagegen geisteswissenschaftliche wie die formale Richtung (Simmel, v. Wiese) und die historisierende (M. Weber), deren Zurechnung zum Naturalismus auf den ersten Blick ebenso verwundert wie dieselbe Zuweisung des Psychologismus Tönnies', Breysigs und Brinkmanns zum Naturalismus. Die Gruppierung wird aber sofort klar, wenn man den Charakter der zweiten Hauptart erfährt. Zu der idealistischen Richtung weist unser Autor nur diejenigen, die an die große Tradition der idealistischen Philosophie, letzthin an Platon, aber auch an Fichte und Hegel anknüpfen (Stammler, sein eigenes System, sodann die Ansätze von Scheler, Sombart, Mehlis, Rothacker, v. Below, Freyer, ferner — nach dem Schriftenverzeichnis zu urteilen — auch wohl Binder und mich). Auch hier wären vielleicht Untergruppen erwünscht gewesen; Scheler, Sombart und v. Below sind ganz anders eingestellt (historisch, phänomenologisch, beschreibend) wie die von den normativen Wissenschaften, insbesondere der Rechtswissenschaft ausgegangenen Autoren (Stammler, Binder). — Von den Problemen behandelt der Vf. am weitaus eingehendsten den Gegensatz von Individualismus und Universalismus; er ist für die Behandlung des folgenden Stoffes in der Tat grundlegend, und es muß anerkannt werden, daß der Vf. für seinen streng folgerichtig durchgeführten Universalismus eine Reihe zwingender, z. T. neuer Argumente beibringt. Auch ich habe den Universalismus als normatives Ziel (Kulturgemeinschaft) wie als soziologische Kategorie (Ganzheit im Sinne des Vfs.) anerkannt; als Ausgang halte ich ihn aber für verfehlt, da m. E. jede philosophische Betrachtung von dem Leben ausgehen muß, und ein Eigenleben führt nur der Einzelne (hierzu S. 658 Sp. 2). — Auch in dieser kleinen Skizze des Vfs. fällt der echt wissenschaftliche Drang zum System auf.

Königsberg.

W. Sauer.

Jahrbuch für Soziologie. Eine internationale Sammlung. Bd. II.
Herausgegeben von Dr. **G. Salomon**, a. o. Prof. an der Universität
Frankfurt a. M. Karlsruhe, G. Braun, 1926. 483 S.

Den ersten Band des großzügig angelegten Sammelwerkes habe ich im ArchRWPhilosophie Bd. 19 H. 2 angezeigt und die Ziele des Herausgebers hervorgehoben. Ich muß mich jetzt darauf beschränken, die Autoren zu nennen, die in dem vorliegenden stattlichen Bande zu Wort gekommen sind: Walther (Göttingen), Vierkandt (Berlin), Jerusalem (Jena), Sauer (Königsberg), Günther (Innsbruck), Mosca (Turin), Malgaud (Antwerpen), Stoltenberg (Gießen), Vleugels (Köln), Fueter (Basel), Meusel (Aachen), Menzel (Wien), Haff (Hamburg), Keilhau (Oslo),

*) Vgl. meine Besprechungen in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 44, 275; 45, 301.

Hobson (London), Cunow (Berlin), Bourgin (Paris), Halbwachs (Straßburg), Salomon (Frankfurt), Mannheim (Heidelberg), Blaha (Brünn), Sorokin (Minnesota). Im Vorwort spricht der Vf. die Hoffnung aus, daß die Arbeiten über Methodologie und Ideologie die Diskussion fördern werden und diesem Bande auch eine sozialphilosophische Ergänzung geben. Mögen die folgenden Bände den beiden ersten nicht nachstehen!

Königsberg.

W. Sauer.

Theodor L. Haering, Prof. d. Philosophie an der Universität Tübingen, Hauptprobleme der Geschichtsphilosophie. Bd. 26 der Sammlung: Wissen und Wirken. Einzelschriften zu den Grundfragen des Erkennens und Schaffens. Karlsruhe (G. Braun), 1925. 143 S.

Der Vf., dem wir bereits eine umfangreichere Geschichtsphilosophie (1921) und — gewissermaßen als Gegenstück — eine Philosophie der Naturwissenschaft (1923) verdanken, legt in dem vorliegenden inhaltsreichen Büchlein nicht etwa eine kurze lehrbuchartige Übersicht über die wichtigsten geschichtsphilosophischen Probleme vor, sondern entwickelt aus allgemeinsten Erkenntnissen in strenger Gedankenfolge die Hauptprobleme und zeigt, wo man bisher die Lösungen gefunden hat, wo sie nach seiner eigenen Ansicht liegen und nicht liegen; er zwingt den Leser zum selbständigen Nachdenken und Stellungnehmen. Die Geschichtsphilosophie steht über der Geschichtswissenschaft; beide haben ihre genau abgegrenzten Aufgaben und können nicht in Kompetenzstreitigkeiten geraten, obwohl zweckmäßig beide in „Personalunion“ bei der Forschung vereinigt werden — eine Auffassung, die man in gleicher Weise der Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft wünschen möchte. Das Buch zerfällt in zwei Hauptteile von derselben Größe: einen „erkenntnistheoretischen“ und einen „metaphysischen“ Teil. Der erste beschäftigt sich mit dem Gegenstand der Geschichte und mit ihren Methoden; der zweite mit den geschichtsphilosophischen Sachproblemen, den Gesetzen in der Geschichte und mit ihrem Zweck, Sinn, Ziel, Wert.

In dem Kapitel über den Gegenstand werden die Ursachen des historischen Geschehens, die physischen und psychischen, eingehend behandelt, wobei dem „freien Willen“ die ihm gebührende Bedeutung zuerkannt wird; neueren wissenschaftlichen Strömungen zum Trotz ist daran festzuhalten, daß der freie Wille nicht nur möglich, sondern „absolut notwendig“ ist (S. 29, 36, 39) — und wir dürfen hinzusetzen: nicht nur als Gegenstand der Geschichte, sondern auch der anderen Sozialwissenschaften (die doch sämtlich das gleiche wissenschaftliche Objekt besitzen müssen: das geschichtlich-gesellschaftliche Geschehen), also auch der Soziologie und der Rechtswissenschaft.

Als methodische Hauptfrage wird die Frage bezeichnet, welche Voraussetzungen ein Erkenntnisgegenstand überhaupt und demnach auch der der Geschichte erfüllen muß, damit Erkenntnis, und zwar philosophisch-einheitliche Erkenntnis möglich ist (S. 53). Dabei werden — insofern muß ich widersprechen — zwei verschiedene Typen der Erkenntnis unterschieden: die Gesetzes- oder kausale Erkenntnis als die Unterordnung eines Einzelnen unter eine Gesetzmäßigkeit, und sodann die dynamisch-teleologische Erklärung, das intuitive, unmittelbare Erfassen und Verstehen im Sinne des nichtgesetzmäßigen, sondern auf Gliedzusammenhänge sich stützenden Erkennens. Auf dieser methodischen Zweiteilung baut sich der zweite, metaphysische Hauptteil mit

der oben angegebenen Zweiteilung (Gesetze, Sinn) auf. Hierauf erwidere ich: Sicherlich kommen beide Möglichkeiten in Betracht; auch hier wie sonst gilt für die Geschichtsphilosophie das gleiche wie für die Soziologie. Aber es sind nicht zwei verschiedene Arten der Erkenntnis; es ist letztlich nur eine Erkenntnis. Auch das Erfassen des Sinnes und Wertes ist nur als ein gesetzmäßiges möglich; es gibt nicht nur kausale, sondern auch teleologische Gesetzmäßigkeiten. Und gerade diese machen das Wesen der Sozialwissenschaften, also auch der Geschichte aus, während die kausalen Gesetze für diese Wissenschaftsgruppe zurücktreten, die reine Kausalität sogar nur den Naturwissenschaften (i. w. S.), nicht den Kulturwissenschaften angehört. Das Erfassen der Glieder und ihrer Zusammenhänge geht immer auf Erkenntnis der Tendenzen aus; sämtliche Einzelheiten lassen sich gar nicht begreifen, und es ist auch wissenschaftlich wertlos, sich mit den für die historische Entwicklung unerheblichen Einzelheiten zu beschäftigen. Die Aussonderung des Unbeachtlichen und die Heraushebung des Wesentlichen erfolgt aber im Hinblick auf Gesetzmäßigkeiten. Jedoch: die sachliche Differenz mit dem Vf. erscheint mir nicht allzu groß; er versteht nämlich, wie der folgende Teil ergibt, unter Gesetzen nur bestimmte Gruppen.

Zu den historischen Gesetzen rechnet der Vf. nur folgende Arten: die physikalischen, biologischen, psychischen, überindividuellen (deren Möglichkeit wird mit besonderer Vorsicht untersucht) und sodann ein „Gesetz des freien Willens“. Durch diesen letzten, auf den ersten Blick widerspruchsvoll erscheinenden Begriff wird die bisher fehlende Beziehung des Gesetzesbegriffs zur Teleologie hergestellt: Wenn gewisse Umstände gegeben sind, so wird sich der vernünftige Mensch so und so verhalten (S. 99, 100). Weitere Gesetze kulturellen Inhalts kennt der Vf. nicht; gerade in dem Ablauf und der Stufenfolge gewisser Kulturepochen habe ich aber historische Gesetze zu sehen geglaubt. Der Vf. erkennt in den Gesetzen des vernünftigen Verhaltens freier Individuen mit Recht zugleich die „Gesetze der Gemeinschaftsbildung“; jedoch ist damit nach seiner Ansicht der Kreis der Gesetze geschlossen (abgesehen von „psychophysischen“ und „Universalgesetzen“, d. s. solche, die zwischen verschiedenartigen Faktoren bestehen, S. 106).

Dem letzten Teil können wir wiederum in der Hauptsache zustimmen. Der geschichtliche Ablauf wird durch bewußte Zwecksetzungen bestimmt; dabei spielen aber auch ateleologische Momente eine Rolle, die man bei seinen freien Zwecksetzungen mit berücksichtigen muß. Die „großen Persönlichkeiten“ machen zum großen Teil die Geschichte; für den strengen Deterministen dagegen wäre zwischen dem gewöhnlichen Manne und einem Napoleon (mit dem jener ja die ganze Vorgeschichte und alles sonstige gemein haben müsse) überhaupt kein Unterschied. Immerhin ist aber auch der große Mann von jenen „überindividuellen“ Komponenten, Volk, Volksgeist, Zeitgeist (S. 117), sodann auch von den Geführten abhängig (S. 119); er kann erst wirken, wenn seine Zeit gekommen ist.

Das Ziel und der Sinn der Geschichte endlich läßt sich nach Ansicht des Vf. nur nach relativen Wertgesichtspunkten bestimmen; bald sind es ethische, bald intellektuelle, bald ästhetische, bald metaphysische, je nach der geistigen Einstellung des Wertenden wie der Zeit-epoche (S. 127 ff.). Der Vf. selbst vertritt einen formalen Monismus und schließt seine Geschichtsphilosophie mit einem metaphysischen Überbau (S. 137, 140); hiernach bejaht er im ganzen auch die Frage nach dem Fortschritt des Menschengeschlechts. Nach meiner

Ansicht sind diese zuletzt berührten Probleme die Hauptfragen der Sozial- und der Kulturphilosophie; und in diesen grundlegenden Problemen darf unsere Wissenschaft m.E. nicht bei einem Relativismus stehen bleiben. Aber es ist richtig, daß die Geschichtsphilosophie — nicht anders wiederum als die Rechtsphilosophie — in diese Gebiete hineinragt und hier ihre letzten Abschlüsse findet. — Der zweite Hauptteil trägt seine Bezeichnung „metaphysisch“ nicht zu Unrecht; denn er endigt vom Standpunkt des Vfs. tatsächlich in Metaphysik (obwohl er natürlich vom Vf. nicht wegen dieses Abschlusses, sondern wegen seines ontologischen, im Gegensatz zum ersten erkenntnistheoretischen Teil stehenden Charakters als metaphysisch bezeichnet wird). Die Scheidung der beiden Teile ist wohl auch darstellerisch und pädagogisch zu billigen, obwohl im zweiten Teil auffallend oft Probleme angeschnitten werden, die im ersten bereits gelöst sind (z. B. die Ursachenlehre), was methodisch einigermaßen wundernimmt.

Möge das gedankenreiche und anregende Buch auch bei den Soziologen und Rechtsphilosophen Eingang finden und vor allem zum Studium des größeren geschichtsphilosophischen Werkes desselben Autors anregen.

Königsberg.

W. Sauer.

Vespasien v. Pella, La criminalité collective des états et le droit pénal de l'avenir, 2. édition, Bucarest, imprimerie de l'Etat, 1926. Verlag des Groupe interparlementaire Roumain. 360 S.

Der Verfasser stellt in diesem Werke ein System der gegen einen Angriffskrieg und mit ihm zusammenhängende Handlungen seitens der Völkerrechtsgemeinschaft zu verhängenden Strafen auf. Er streift die Frage der sittlichen Berechtigung des Angriffskrieges nicht. Für ihn gilt apodiktisch: „La guerre d'agression est un crime . . . Voici le plus important résultat, au point de vue morale, de la grande mêlée de peuples.“ Die sittliche Verwerflichkeit des Angriffskrieges muß, wenn sie eine Völkerrechtswidrigkeit werden soll, durch die rechtliche Autorität der Völkerrechtsgemeinschaft zur rechtlichen Verbotenheit gemacht werden. Mit elementarer Gewalt drängen die die Kulturmenschheit bewegendenden sittlichen Ideen zur Ausfüllung dieser klaffenden Lücke im Völkerrechtssystem. Professor Schücking hält in seinem an den Verfasser gerichteten Schreiben die Einführung eines wahren, auf die Staaten anwendbaren Strafrechts wegen des Wesens der juristischen Person nicht für möglich. Seiner Auffassung nach kämen den einen Angriffskrieg führenden Staaten gegenüber nur einerseits polizeiliche Maßnahmen, andererseits eine zivilrechtliche Haftbarmachung in Frage. Aber es gibt schon nach geltendem Völkerrecht Fälle, in welchen Strafen gegen eine Bevölkerung auch wegen einzelner Verschuldungen, für die die Bevölkerung aber als solidarisch haftbar angesehen werden muß, verhängt werden dürfen. Dies ist z. B. arg. e contrario zu folgern aus Art. 50 der Haager Landkriegsordnung: „Aucune peine collective pécuniaire ou autre ne pourra édictée contre les populations à raison de faits individuels dont elles ne pourraient être considérées comme solidairement responsables.“ Auch lösen in den unentwickelten Rechtsgemeinschaften der Naturvölker nicht nur Rechtspflichtverletzungen der Organe der Gemeinschaften Ersatzpflichten der Gemeinschaft als solcher aus, sondern der ganze Stamm ist für eine Untat, die ein privates Glied des Stammes verübt hat, verantwortlich (vgl. Schurtz, Katechismus der Völkerkunde, Leipzig 1893, S. 98). Um so mehr muß eine offizielle

Handlung eines Organs einer Rechtsgemeinschaft, für die es nach deren eigener Rechtsordnung zuständig ist, wenn diese Handlung gegen eine diese Rechtsgemeinschaft mit umschließende Rechtsordnung einer größeren Rechtsgemeinschaft verstößt, als auf einem Gesamtverschulden jener Rechtsgemeinschaft beruhend angesehen werden.

Das völkerrechtliche Strafrecht kann sich allerdings nur gegen die Staaten als solche richten. Die Völkerrechtsordnung erstreckt sich begrifflich nur auf Staaten und erfaßt physische Individuen nicht unmittelbar. Allerdings könnte die die Völkerrechtsgemeinschaft umschließende rechtliche Autorität, wenn sich ihr Autoritätsumfang in diesem Sinne entwickelt, auch Einzelpersonen, insbesondere auch Staatsangehörige, die sich im eigenen Staate aufhalten, unmittelbar erfassen. Dann wäre sie eine die Rechtspflichten von Staaten und die von Einzelpersonen regelnde Rechtsautorität. Solche Ausdehnungen der völkerrechtlichen Autorität haben auf besonderen Gebieten schon stattgefunden. Auch der Verfasser handelt chap. II, 3. section, § 2 des peines applicables aux individus. Er hält auch völkerrechtliche Strafen gegen Organe der Staaten für zulässig und zweckmäßig, z. B. eine Freiheitsstrafe für militärische Delikte im besetzten Gebiete. Hier erhebt sich aber die sehr wichtige Frage des Verhältnisses dieser Handlungen zu der staatlichen Rechtsordnung, deren Repräsentant der Handelnde ist. Ist die Handlung auch nach dieser Rechtsordnung strafbar, so wird man prinzipiell auch gegen eine Bestrafung durch völkerrechtliche Organe nichts einzuwenden haben, wobei naturgemäß die Duplizität der Bestrafung berücksichtigt werden muß. Ist die Handlung aber nach dem Rechte des Staates, dessen Organ sie begangen hat, nicht strafbar oder, was freilich wohl ein casus non dabilis ist, sogar rechtlich geboten, so kann die individuelle Bestrafung eines solchen seine nationalen Pflichten erfüllenden Staatsorgans mangels des dolus nicht erfolgen. Hier käme höchstens eine gegen die Gemeinschaft als solche gerichtete Strafmaßnahme in Frage. Der Staat als sittliche Institution muß anders behandelt werden als z. B. eine Gesellschaft von Verbrechern, die unter einander gewisse Verhaltensnormen befolgen, aber vor dem staatlichen Forum ohne Rücksicht darauf, ob sie gemäß diesen Normen gehandelt haben oder nicht, bestraft werden.

Die Frage, ob die Möglichkeit eines Völkerstrafrechts daran scheitern könnte, weil es einstweilen keine völkerrechtlichen Strafvollstreckungsorgane gibt, ist zu verneinen. Auch in den Anfängen der Kultur ist die Reaktion auf Rechtspflichtverletzungen vielfach noch keine Pflichthandlung bestimmter Organe der Rechtsgemeinschaft oder bestimmter Privatpersonen, sondern eine rechtlich freigestellte Betätigung der Allgemeinheit (vgl. Schurtz, Urgeschichte der Kultur, Leipzig und Wien 1900, S. 608, 609). Wenn also völkerrechtlich vorgesehen wird, daß ein Staat oder mehrere Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft im Spezialfalle eine Bestrafung gegen einen Staat durchzuführen haben, der sich strafbar gemacht hat, so liegt darin eine echte Strafvollstreckung; dies ist mit noch größerem Rechte anzunehmen, wenn die die Strafe vollstreckenden Staaten namens der Völkerrechtsgemeinschaft, also als deren Organe, handeln.

Dagegen erhebt sich gegen die Schaffung der behandelten völkerstrafrechtlichen Kompetenzen eine andere, vom Verfasser nicht gestreifte Schwierigkeit, die zunächst behoben werden muß. Sie besteht darin, daß bei der geringen Ausdehnung der Völkerrechtsordnung im Gegensatz zu der Ausdehnung der Privatrechtsordnungen der Staaten überaus

zahlreiche Streitfälle zwischen den Staaten möglich sind, die durch Vergleiche vor der völkerrechtlichen Schiedsinstanz oder durch konstitutive Akte einer völkerrechtlichen Instanz erledigt werden müssen. Dies bedingt eine verhältnismäßig viel weitergehende Unterwerfung der Staaten unter die Autorität dieser völkerrechtlichen Instanzen, als das Individualrechtssubjekt den staatlichen konstitutiv tätigen Organen des Staates unterworfen ist. Entstehen zwischen zwei Staatsbürgern Streitigkeiten über die Frage, wer von ihnen eine herrenlose Sache zuerst okkupiert hat, oder in welchem Umfange der eine über das Grundstück des anderen gehen können muß, um sein eigenes Grundstück rationell bewirtschaften zu können, oder werden die sich aus derartigen Tatumständen ergebenden Rechtsfolgen zweifelhaft, so liegen im staatlichen Recht klare Rechtsnormen vor, die in Streitfällen lediglich eine Feststellung des Sachverhalts und einen autoritativen Richterspruch auf Grund der Subsumption des festgestellten Sachverhalts unter klare, bestehende Rechtsnormen erfordern. Anders im Völkerrecht. Hier müßten mangels entsprechender Normen die völkerrechtlichen Instanzen fortgesetzt konstitutiv tätig werden. Sie müßten nach pflichtgemäßem Ermessen mangels bestehender Normen Pflichten schaffen oder beseitigen, um Streitfälle zu erledigen, sie könnten nur in den relativ seltenen Fällen, in denen klare Völkerrechtsnormen auf einen Sachverhalt Anwendung finden, sich darauf beschränken, einen eigentlichen Richterspruch zu fällen. Während also die rechtliche Kompetenz der völkerrechtlichen Organe in bezug auf die Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft relativ zu der Amtskompetenz der staatlichen Organe in bezug auf die Einzelindividuen eine geringe ist, müßte jene Kompetenz zur Erledigung aller möglichen Streitfälle relativ zu dieser eine außerordentlich große und weitreichende sein, wenn eine rechtliche Möglichkeit zur Erledigung aller möglichen Streitfälle unter den Staaten in Formen des Rechts gegeben sein und damit der Angriffskrieg zu einer unnötigen Grausamkeit und strafbaren Handlung gestempelt werden soll. Die Anerkennung einer so weit reichenden Kompetenz völkerrechtlicher Organe ist auch angesichts des Umstandes, daß die die völkerrechtlichen Organe bildenden Staatenvertreter sich in ihrer Tätigkeit als Organe des Völkerbundes in erster Linie nach den Interessen ihres Landes richten, sehr schwer. Es erscheint daher notwendig, daß gleichzeitig mit den die Strafbarkeit des Angriffskrieges normierenden Völkerrechtsnormen weitere allgemein gültige Völkerrechtsnormen über die Pflichten der Staaten bei gewissen typischen Tatumständen erlassen werden. Die gewiß nicht leichte Erfüllung dieser Aufgabe ist des Schweißes der Edlen wert. Das Recht der modernen Staaten kann jeden Eingriff in die körperliche Integrität oder in den rechtlich geschützten Besitz eines anderen verbieten, weil die Rechtspflichten, welche den der Staatsautorität Unterworfenen im Verhältnisse zu einander obliegen, sehr eingehend geregelt sind. Trotzdem sieht das Recht der Staaten, wenigstens hinsichtlich des Verbotes des privaten Eingriffs in den rechtlich geschützten Besitz, Ausnahmen nicht nur für den Fall der Notwehr gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff, sondern auch für den Fall bestimmter Notstände vor, Fälle, die auch der Verfasser im Hinblick auf die Strafbarkeit des Angriffskrieges würdigt. Aber damit überhaupt diese Strafbarkeit festgelegt werde, muß das Völkerrecht die meisten möglichen Interessenkollisionen der Staaten regeln.

Verfasser hat es versucht, die zweite Aufgabe zuerst zu lösen. Mit hohem Idealismus verlangt er die Anerkennung einer das Verhalten der

Staaten regelnden Rechtsordnung, die auch die Bestrafung verbrecherischer Handlungen der Staaten vorsieht. „Le code pénal des nations devra recevoir une application universelle. Toutes vos forces doivent être consacrées à atteindre cet idéal. L'idée de justice est universelle. Les garanties destinées à assurer l'ordre et la paix internationale, qui sont inséparables de la conception de la justice, doivent aussi être universelles.“ Mit feiner juristischer Distinktion hat er alle strafrechtlichen Probleme des völkerrechtlichen Tatbestandes des Angriffskrieges crörtert. Er hat eine Arbeit geleistet, für die ihm nicht nur die herzliche Zustimmung der Rechtschaffenen, sondern auch die ehrliche Bewunderung der Rechtskundigen zuteil wird, und die sicher praktische Verwertung finden wird.

Königstein i. T. Bürgermeister Regierungsrat a. D. Dr. Beyer.

D. Internationale Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.

1. Friedrich Freiherr von Wieser †

Am 23. Juli d. J. verschied der Ehrenvorsitzende unserer Vereinigung und Mitherausgeber des Archivs für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Exzellenz Minister a. D. Dr. Freiherr Friedrich von Wieser, Professor der Staatswissenschaften an der Universität Wien. Ein Nachruf der Vorstandsmitglieder der IVR. zu Beginn des vorliegenden Heftes würdigt die persönlichen Vorzüge des Verstorbenen, seine überragende wissenschaftliche Bedeutung wird in einem der nächsten Hefte dargestellt werden.

2. Berufungen in den Beratenden Ausschuß.

Anläßlich des 4. Kongresses unserer IVR. sind folgende Herren zu Mitgliedern des Beratenden Ausschusses ernannt worden:

Geheimrat Dr. Ernst **von Beling**, o. Professor der Rechte an der Universität, München, Hohenstaufenstraße 10;

Dr. J. **Binder**, o. Professor der Rechte an der Universität, Göttingen, Nikolausberger Weg 21a;

Dr. Viktor **Bruns**, o. Professor der Rechte an der Universität Berlin, Berlin-Zehlendorf-West, Prinz-Friedrich-Karl-Str. 21;

Geh. Regierungsrat Dr. phil. Adolf **Dyroff**, o. Professor der Philosophie an der Universität, Bonn, Kaiserstraße 61;

Geheimrat Dr. Albrecht **Mendelssohn-Bartholdy**, o. Professor der Rechte an der Universität, Hamburg, Poststraße 19;

Geh. Justizrat Dr. Ernst **Rabel**, o. Professor der Rechte an der Universität Berlin, Berlin C 2. Schloß, Institut für Rechtsvergleichung;

Dr. jur. et phil. Hans **Reichel**, o. Professor der Rechte an der Universität Hamburg, Neurahlstedt bei Hamburg;

Geh. Justizrat Dr. H. **Triepel**, o. Professor der Rechte an der Universität Berlin, Berlin-Grunewald, Humboldtstraße 34;

Giorgio **Del Vecchio**, o. Professor der Rechte an der Universität Rom, Rom 37, Via Capodistria 20.

3. Unser Kongreß.

(Kongreßausschuß und Kongreßbureau)

a) Dem **Kongreßausschuß** ist noch beigetreten:

Assessor Werner **Kleffel** in Berlin.

b) Das **Kongreßbureau** ist in den Tagen vom 25. bis 29. Oktober im Oberverwaltungsgericht Berlin-Charlottenburg, Hardenbergstraße 31, Zimmer 235.

c) Das **Fremden-Verkehrsbureau** der Stadt Berlin (Berlin W 9, Friedrich-Ebert-Straße 5) vermittelt Zimmerbestellungen.

4. Ehrenausschuß und Damenkomitee.

Für den Kongreß hat sich ein Ehrenausschuß gebildet
aus den Herren:

Dr. Leonhard **Adam**, Herausgeber der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft;

Oberbürgermeister Dr. Konrad **Adenauer**, Präsident des Preußischen Staatsrates;

Rechtsanwalt Dr. Friedrich **Ballhorn**, Erster Vorsitzender des Deutschen Internationalen Anwalt-Verbandes, Berlin;

Friedrich **Bartels**, Präsident des Preußischen Landtages;

Professor D. Dr. **Becker**, Preußischer Minister für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung;

Reichsminister der Justiz Dr. **Bell**;

Oberbürgermeister **Böss**, Berlin;

Staatsminister a. D. Dr. **Drews**, Präsident des Oberverwaltungsgerichts, Erster Vorsitzender des Vorstandes der Deutschen Hochschule für Politik;

Reichsminister der Justiz a. D. Dr. **Frenken**;

Dr. Theodor **Geiger**, Geschäftsf. der Volkshochschule Groß-Berlin;

Professor Dr. Otto **Gramzow**, Erster Vorsitzender der Humboldt-Hochschule;

Landgerichtspräsident Geh. Oberjustizrat **Humbert**, Berlin;

Geh. Justizrat Professor D. Dr. Wilhelm **Kahl**, Vorsitzender des Deutschen Juristentages;

Geh. Justizrat Professor Dr. Theodor **Kipp**, Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Berlin;

Landgerichtspräsident **Kirschstein**, Berlin;

Professor Dr. Hermann **Krueger de Corti**, Geschäftsführendes Vorstandsmitglied des Reichsverbandes der Deutschen Volkswirte;

Staatsminister a. D. Theodor **Leipart**, Vorsitzender des Vorläufigen Reichswirtschaftsrates;

Dr. Ludwig **Lewin**, Leiter der Lessing-Hochschule;
 Prof. Dr. Artur **Liebert**, Geschäftsführer der Kant-Gesellschaft;
 Dr. jur. Otto **Liebmann**, Herausg. der Deutschen Juristenzeitung;
 Paul **Löbe**, Präsident des Reichstages;
 Justizrat Dr. Julius **Magnus**;
 Dr. Adolf **Maier**, Oberpräsident der Provinz Brandenburg und von Berlin;
 Franz von **Mendelssohn**, Präsident der Industrie- und Handelskammer Berlin;
 Prof. Dr. H. **Nicklisch**, Rektor der Handels-Hochschule Berlin;
 Geh. Regierungsrat Dr. Ernst **Orlich**, Rektor der Technischen Hochschule Berlin;
 Staatsminister a. D. **Saemisch**, Präsident des Rechnungshofes des Deutschen Reiches;
 Geh. Oberregierungsrat Dr. Konrad **Saenger**, Präsident des Preussischen Statistischen Landesamtes;
 Dr. Hjalmar **Schacht**, Präsident des Reichsbankdirektoriums;
 Dr. **Schiffer**, Reichsjustizminister a. D., Präsident der Verwaltungs-Akademie Berlin;
 Dr. Walther **Schotte**, Herausgeber der Preussischen Jahrbücher;
 Dr. Eduard **Tigges**, Kammergerichtspräsident;
 Professor Dr. Heinrich **Titze**, o. Professor der Rechte an der Friedrich-Wilhelms-Universität;
 Geh. Justizrat Professor Dr. Heinrich **Triepel**, o. Professor der Rechte, Rektor designatus der Universität Berlin;
 Professor Dr. Ernst **Wagemann**, Geh. Regierungsrat, Präsident des Statistischen Reichsamtes;
 Rechtsanwalt Dr. Ernst **Wolff**, Stellvertretender Vorsitzender des Vorstandes der Anwaltskammer Berlin;
 Dr. Am **Zehnhoff**, Preussischer Justizminister.

Damenkomitee.

Frau Oberbürgermeister Böss ;	Frau Ministerialrat Moll ;
Frau Margarete Caemmerer ;	Frau Verlagsbuchhändler
Frau Staatsminister Drews ,	Rothschild ;
Exzellenz;	Frau Reichsbankpräsident
Frau Admiral Hofmeier ;	Schacht ;
Frau Geheimrat Klipp ;	Frau Reichsminister
Frau Geheimrat Kohler ;	Stresemann ;
Frau Landgerichtsdirektor Kohler ;	Frau Geheimrat Triepel ;
Frau von Warnsdorf .	

5. PROGRAMM

Die Sitzungen finden im Großen Saal des
Oberverwaltungsgerichts Berlin-Charlottenburg
Hardenbergstraße 31, statt.

Eine Kongreßgebühr wird nicht erhoben.

Wissenschaftlicher Teil

Allgemeines.

Die **Sitzungen** finden von Dienstag bis Donnerstag im Großen Saal des **Oberverwaltungsgerichts** in Berlin-Charlottenburg, Hardenbergstraße 31 (unmittelbar neben Stadtbahnhof und Untergrundbahnhof Zoologischer Garten), von 10 bis 5 Uhr, statt.

Mittagspause 1—2½ Uhr.

Gelegenheit zum **Frühstück** im Restaurant Koschwitz, Hardenbergstr. 26 (Stadtbahnbogen Zoologischer Garten) und im Landwehr-Offizier-Kasino Jebenstraße 2, hinter dem Oberverwaltungsgericht (reservierter Saal).

Buchausstellung neuer und alter Werke im Sitzungssaal, veranstaltet von den vereinigten Firmen Mayer & Müller, G. m. b. H., Berlin, und Buchhandlung Gustav Fock, G. m. b. H., Leipzig.

Dienstag, den 26. Oktober 1926

10 Uhr: **Eröffnung** des Kongresses. **Ansprachen.**

Ab 10½ Uhr: **Vorträge und Diskussion.**

Geheimrat Professor Dr. Theodor Niemeyer, Kiel:
Rechtspolitik und Rechtswissenschaft.

Professor Dr. A. Vierkandt, Berlin: **Die sozial-philosophische Bedeutung des neueren Naturrechts.**

Professor Dr. Wilhelm Sauer, Königsberg: **Fruchtbarkeit der Rechtsphilosophie? Heutige Tendenzen unserer Wissenschaft.**

Staatsanwaltschaftsrat Dr. Dr. G. Wilke, London:
Römischrechtliche Einflüsse auf die Rechtswicklung im britischen Weltreiche.

Mittwoch, den 27. Oktober 1926

Ab 10 Uhr: **Vorträge und Diskussion.**

Professor Dr. Julius Binder, Göttingen: **Kantianismus und Hegelianismus in der Rechtsphilosophie.**

Professor Dr. Egon Weiß, Prag: **Platons Rechtsphilosophie in ihren Beziehungen zur Gegenwart.**

Professor Dr. Karl Wolff, Innsbruck: **Der Rechtsbegriff.**

Dr. Leonhard Adam, Berlin: **Der gegenwärtige Stand und die heutigen Aufgaben der ethnologischen Rechtsforschung.**

Gesellschaftlicher Teil

Montag, den 25. Oktober 1926

8½ Uhr abends: **Begrüßungsabend** in den Festräumen des **Restaurants Zoologischer Garten**, Budapester Straße 9 (früher Kurfürstendamm 9).

Dienstag, den 26. Oktober 1926

10½ Uhr (pünktlich): Führung durch das **Museum für Völkerkunde**, Königgrätzer Straße 120 (Ecke Prinz-Albrecht-Straße), durch Dr. Leonhard Adam, Berlin, Treffpunkt im Vestibül.

8 Uhr: **Zwangloses Abendessen im Weinhaus Rheingold**, Bellevuestraße 19 (nahe Potsdamer Platz).

Mittwoch, den 27. Oktober 1926

11 Uhr: **Rundfahrt** durch Berlin und **Besichtigung des Flughafens** auf dem Tempelhofer Feld. Treffpunkt: Nordseite des Potsdamer Platzes. (Preis der Rundfahrt einschließlich Eintritt in den Flughafen 3,50 RM.)

5 Uhr: **Tee im Hotel Esplanade**, Bellevuestraße 16 (nahe Potsdamer Platz), mit Vorführungen von Damen und Herren der Berliner Gesellschaft im Kostüm der Zeit.

Abends: **Zwangloses Zusammensein und private Einladungen.**

Wissenschaftlicher Teil

Donnerstag, den 28. Oktober 1926

Ab 10 Uhr: Vorträge und Diskussion.

Professor Dr. Robert Wilbrandt, Tübingen: **Die Wirtschaftstheorie als Grundlage der Politik.**

Reichsaußenminister Dr. Stresemann, Berlin:
Thema vorbehalten.

Obermagistratsrat Direktor Dr. Wölbling, Berlin:
Die Grundsätze der gesetzlichen Neuregelung des Arbeitsrechts in Deutschland.

Bürgermeister Dr. Werner, Friedland: **Die ethische Verankerung der Wirtschaftspolitik der Gegenwart** unter Berücksichtigung des idealistischen Kulturbegriffs bei Rudolf Eucken.

Staatssekretär a. D. Professor Dr. Franz Dahl,
Kopenhagen: **Das Rechtsstudium in Dänemark.**

4 Uhr: **Schlußsitzung.**

Freitag, den 29. Oktober 1926

10 Uhr präzise: Führung durch die **Preußische Staatsbibliothek**, Unter den Linden 38. Dasselbst **Ausstellung von Autographen** *) berühmter Rechtsphilosophen (Sammlung Professor Darmstaedter) und Besuch der **Lautabteilung** (Professor Doegen). Treffpunkt im Vestibül (Große Treppe im Innern der Staatsbibliothek).

*) Auch zu besichtigen Mittwoch, Donnerstag und Sonnabend,
11—2 Uhr.



Gesellschaftlicher Teil

Donnerstag, den 28. Oktober 1926

11 Uhr: Besichtigung der **Staatlichen Porzellanmanufaktur** Berlin, Wegelystraße 10. Treffpunkt Stadtbahnhof Tiergarten, Ausgang Wegelystraße.

8 Uhr: Vorstellung in der **Städtischen Oper**, Charlottenburg, Bismarckstraße 34 (Untergrundbahnhof Bismarckstraße), zu ermäßigten Preisen.

Freitag, den 29. Oktober 1926

1,30 Uhr: Abfahrt nach **Potsdam** (Potsdamer Platz, Potsdamer Fernbahnhof). Treffpunkt um 1,15 Uhr am Zuge.

Nachmittags: Führung durch Potsdam und **Schloß Sanssouci**.

Abends: Zusammensein daselbst im Hotel „**Stadt Königsberg**“.

Preis für den Ausflug einschließlich Bahnfahrt 3. Klasse hin und zurück sowie Führung durch Potsdam und Eintritt in das Schloß Sanssouci 2,25 RM.

Die Stadt Potsdam wird einen Imbiß reichen.



6. Leitsätze zu den Kongreß-Vorträgen.

Die IVR hat die Herren Referenten, die auf unserem Kongreß Vorträge halten werden, gebeten, Leitsätze oder Inhaltsangaben zur Verfügung zu stellen, die den Kongreßteilnehmern die Möglichkeit geben sollen, sich schon vorher mit den vorzutragenden Themen vertraut zu machen. Unserer Bitte ist bisher durch folgende Einsendungen entsprochen worden:

Dr. Leonhard Adam, Berlin:

Der gegenwärtige Stand und die heutigen Aufgaben der ethnologischen Rechtsforschung.

I. Einleitung: Die Vorläufer der „ethnologischen Jurisprudenz“ und ihr Weg von Bachofen bis Kohler.

(Die naturwissenschaftliche Auffassung Albert Hermann Posts, verglichen mit Bastians Elementargedanken. Die universalrechtsgeschichtliche Zwecksetzung Josef Kohlers. Die praktische Zwecksetzung in der Eingeborenenpolitik [Kohler und Felix Meyer]).

II. Die Kulturkreislehre in der Ethnologie (Graebner, Foy, Ankermann, P. W. Schmidt) und ihre Bedeutung für die ethnologische Rechtsforschung.

III. Die nächsten Aufgaben der ethnologischen Rechtsforschung:

A. Zwecksetzung.

1. Mitarbeit an der Erforschung der historischen Entwicklung einzelner Kulturen und ganzer Kulturkomplexe, mit oder ohne Benutzung der Methode der Kulturkreistheoretiker.

2. Kolonialpraktische Ziele (Keine Ignorierung und Unterdrückung der Eingeboreneninstitutionen, sondern ihre Beachtung und tunliche Heranziehung bei der Kolonialgesetzgebung mit dem Ziele der Stärkung des eingeborenen Volkstums im Rahmen der Zivilisation, also Schaffung einer modernisierten Eingeborenenkultur).

B. Methode.

1. Vorläufig keine Systeme, sondern Monographien.

2. Unmittelbare Beschaffung des Materials durch den ethnologischen Rechtsforscher selbst.

3. Linguistische Grundlegung und Benutzung der Mythen- und anderen Texte, wo solche vorhanden.

4. Heranziehung des Materials über andere Kulturerscheinungen (insbesondere Religion, materielle Kultur, Wirtschaft).

5. Arbeitsteilung mit den Nachbardisziplinen (Soziologie, Psychologie einschließlich Psychoanalyse, ethnologische Wirtschaftsforschung).

IV. Bericht über neue ethnologisch-rechtswissenschaftliche Arbeiten.

V. Die wichtigsten historischen Aufgaben der Zukunft (insbesondere die Aufhellung der Entwicklung der amerikanischen Eingeborenenrechte innerhalb des Kontinents und ihrer etwaigen Beziehungen zur Außenwelt).

Prof. Dr. Wilhelm Sauer, Königsberg:

Fruchtbarkeit der Rechtsphilosophie? Heutige Tendenzen unserer Wissenschaft.

1. a) Die Wissenschaft ist von vornherein als fruchtbar für das Leben zu begreifen und dementsprechend auszugestalten. Sie ist anzuwendende Wissenschaft.
- b) Ganz besonders gilt dies für die Rechtsphilosophie. Die Rechtsphilosophie soll für die Rechtswissenschaft den Grund legen; die Rechtsphilosophie soll daher fruchtbar werden für die Rechtswissenschaft und somit mittelbar für das Leben.
2. Die Rechtsphilosophie hat sich zu erstrecken nach unten auf das durch das Recht zu wertende soziale Leben, nach oben (umgekehrt) auf die das Recht wertenden sozialen Gesetzmäßigkeiten. Dort Soziologie, hier Sozialphilosophie.
3. In diesem Rahmen sind durch die Rechtsphilosophie zu erforschen das rechtlich-soziale Leben, der Sinn der Rechtsnormen, die Gesichtspunkte für ihre fruchtbare Weiterbildung.
4. In der Methode, nicht aber in dem Untersuchungsgegenstande sind zu unterscheiden: beschreibende Soziologie und normativ-kritische Rechts- und Sozialphilosophie. Empirisch-konkrete Erscheinungsformen der letzteren sind die Rechts- und Sozialpolitik.
5. Praxis: Die Rechtsphilosophie (möglichst ein Institut für Rechtsphilosophie) hat die für einzelne Rechtsmaterien gewonnenen gesetzgeberischen Erfahrungen zu sammeln und für andere Materien fruchtbar zu machen, mindestens bereitzuhalten. Insofern hat sie unablässig reformierend zu arbeiten. Und insofern beschäftigt sie sich vor allem mit den aktuellen Gegenwarts- und Zukunftsfragen. Im Augenblick hat sie u. a. insbesondere dem internationalen Recht, dem Arbeits-, dem Wirtschaftsrecht, den vorliegenden Reformwerken (Straf- und Prozeßrecht) erhöhtes Interesse entgegenzubringen.
6. Die Rechtsphilosophie ist als selbständiges Lehr- und Prüfungsfach anzuerkennen (für Juristen, nach Möglichkeit auch für Soziologen und Philosophen).

Prof. Dr. A. Vierkandt, Berlin:

Der sozialphilosophische Gehalt des neueren Naturrechts.

Das neuere Naturrecht hat eine bestimmte Mission auf dem theoretischen wie (in Verbindung mit den entsprechenden politischen Kräften) auf dem praktischen Gebiet vollbracht: es hat eine bestimmte Auffassung von dem Verhältnis der Menschen zu einander innerhalb der staatlichen Gesellschaft zur dauernden Geltung gebracht. Den bisher bestehenden beiden Auffassungen vom Wesen der Gesellschaft hat es eine dritte an die Seite gestellt. Diese waren: 1. der Gewaltgedanke. Grundlage der Gesellschaftsordnung ist die Macht, vorzüglich die äußere Macht in Form der Gewalt. Das Verhältnis des Menschen zum Menschen wird aufgefaßt wie das des Menschen zu den Tieren. In der Praxis war die Auffassung verwirklicht im Verhalten gegen die „Wilden“, ebenso im Seeraub, in der Sklaverei usw.; 2. der Liebesgedanke, sowohl in seiner religiösen Form wie in einer weltlichen (Gemeinschaftsgedanke). Er

herrscht tatsächlich in den engen Kreisen der Lebensgemeinschaften; darüber hinaus aber bleibt er im besten Fall bloße Forderung. — Es gibt auch eine Synthese beider Auffassungen, nämlich die patriarchalische. In dem entsprechenden Verhältnis verbinden sich nämlich unbeschränkte Macht mit mehr oder weniger wohlwollender Anwendung derselben.

Das Naturrecht hat als dritte Auffassung hinzugefügt, und darin besteht seine geschichtliche Leistung, den Rechtsgedanken. Es hat damit einen neuen Begriff der Gesellschaft gebildet. Dieser ist verschieden sowohl von demjenigen der Gemeinschaft wie von demjenigen eines bloßen „Menschenmaterials“, das beliebig als Werkzeug oder Mittel verwendet werden darf. Die Gesellschaft erscheint vielmehr als Rechtsverhältnis. Gewisse Ansprüche und deren gegenseitige Anerkennung sind grundlegend. Jeder Mensch erscheint als Träger angeborener unveräußerlicher Rechte und wird damit als Person anerkannt. Es wird vorausgesetzt, daß die Gesellschaft in dieser Weise aufgebaut ist oder sich aufbauen läßt. Das Sittengesetz (auch als Vertrag gedacht) steht neben dem Naturgesetz als gleich tatsächlich. Die Möglichkeit, eine Gesellschaft als Ausgestaltung einer unbedingt herrschenden Rechtsordnung zu schaffen, liegt als Postulat zugrunde.

Der „Individualismus“ des Naturrechts ist von besonderer Art. 1. Die Individuen erscheinen als unverbunden und doch wieder als „verbunden“, nämlich als „gebunden“ durch die Rechtspflichten. Es bestehen keine Pflichten der Fürsorge oder gar Opferung, aber doch gewisse Pflichten der Anerkennung. 2. Der Staat wird individualistisch aufgefaßt mit innerer Notwendigkeit aus der Tendenz des Naturrechts heraus: Dieses will das Verhältnis der menschlichen Personen zueinander ordnen, will die Person sicherstellen und muß damit vom Individuum ausgehen.

Die Forderungen des Naturrechts siegten, weil der tatsächliche Gang der Geschichte dieser Ideenentwicklung entsprach. Wir können in der Neuzeit von einem „Gesetz der abnehmenden Gewalt“ sprechen: das Gewalt- und Machtverhältnis wird tatsächlich zunehmend eingeengt zugunsten einer rechtlichen Ordnung. Die spezifische Eigentümlichkeit der modernen Gesellschaft besteht in ihrem ausgesprochenen Rechtscharakter.

Vergleicht man Kants Ethik und Staatsphilosophie mit dem Naturrecht, so kehren dessen Grundgedanken bei ihm wieder, ins Imperativische gewendet. Kants Ethik ist einseitig, sie vollendet aber die Mission des Naturrechts: sie fordert die Herrschaft der sittlichen Ordnung im öffentlichen Leben, verlangt die Beseitigung der Willkür und des Privilegs (das ist der „reale“ Sinn des kategorischen Imperativs) und fordert Anerkennung einer gleichen menschlichen Würde in allen Individuen.

Bürgermeister Dr. Alfred Werner, Friedland:

Die ethische Verankerung der Wirtschaftspolitik der Gegenwart unter Berücksichtigung des idealistischen Kulturbegriffs bei Rudolf Eucken.

Die Wirtschaft ist kein letzter, höchster Wert. In ihren Bestandteilen ist sie den Reichen der Natur und des Geistes zugehörig. Höchster Wert ist das subjektiver Willkür überlegene, von den einzelnen stets neu zu schaffende überindividuelle Geistesleben. Die Gegen-

wartswirtschaft steht im Zeichen des Aktivismus. Lebhafter Tätigkeitsdrang treibt die wirtschaftenden Subjekte und beschleunigt das Tempo der Wirtschaftsprozesse. Hier regt sich dieselbe Kraft, die gegenwärtig allgemein der Zivilisation und Kultur des europäisch-amerikanischen Bildungskreises eigentümlich ist. Diese ungeheure Bewegung rast jedoch dahin in seelenlosem Getriebe und hat ein mechanisches, die Menschheit tyrannisierendes Eigenleben gefunden, losgelöst vom Geistesleben und dem dahinter schöpferischen Lebensprozeß. Selbstbesinnung und Umkehr tut not. Eine neue Dynamik des Geistes zeigt sich bereits in kräftiger Gegenbewegung auch gegen den seelenlosen Leerlauf der autonom gewordenen Wirtschaft. Die gegen die Zeitoberfläche aus ethischen Tiefen ankämpfende Strömung verdichtet sich zum Gewissen der Zeit, zur sozialen Idee. „... die zwingende Kraft der sozialen Idee zeigt deutlich, daß unsere Zeit keineswegs großer, willkürüberlegener Antriebe entbehrt.“ (Eucken, Geistige Strömungen, S. 393.) Die Wirtschaft muß aus Profitwirtschaft zu sozialer Wirtschaft werden. Ansätze hierzu finden sich in den Wirtschaften öffentlich-rechtlicher Körperschaften. Sie stellen, soweit sie Bedarfsdeckungswirtschaften sind, Mittel bereit auch für kulturelle und Wohlfahrtseinrichtungen. Das erstrebenswerte Ziel der Wirtschaftspolitik liegt darin, die Wirtschaft einem erst zu schaffenden, einheitlichen, sozialen Kultursystem als dienendes Glied, als Mittel, nicht als Zweck, einzuordnen. Das ist praktisch nur möglich im Kampf für den Primat der ideellen gegenüber den materiellen Größen (umgekehrter Weg wie der des Marxismus), nur möglich bei Einsetzung des vom Idealismus (ethischen Aktivismus) be-seelten ganzen Menschen gegenüber dem Kapitalismus, der Wirtschaftsform des scheidenden abstrakten Rationalismus.

Prof. Dr. Robert Wilbrandt, Tübingen:

Die Wirtschaftstheorie als Grundlage der Politik.

1. Die Wirtschaftstheorie hat zwar oft einer Politik als Grundlage gedient (von Smith bis Cassel), ist aber dafür höchstens eine Hilfe, für sich allein jedoch unzureichend (Grundlegendes zu diesem Thema: Gerhard Weisser, Wirtschaftspolitik als Wissenschaft, Tüb. Diss., Ms.).
2. Der gegen die Wirtschaftstheorie erfolgte Rückschlag, die historisch-ethische Schule, hat ebenso wenig eine Politik zu begründen vermocht (Näheres: R. Wilbrandt, Das Ende der historisch-ethischen Schule, im Weltwirtschaftlichen Archiv, Jahrg. 1926).
3. Die Erkenntniskritik von Max Weber einerseits, Ludwig Pohle und seiner pseudowertfreien Schule andererseits: Ausschluß aller „Werturteile“ oder aller „Politik“ aus der Wirtschaftswissenschaft, ist daher wiederum ein begreiflicher Rückschlag gegen die historisch-ethische Schule; aber ihrerseits keinerlei Erledigung des Bemühens um wissenschaftliche Grundlegung für Wirtschafts- und Sozialpolitik (Näheres in meinen Aufsätzen: Max Weber als Erkenntniskritiker der Sozialwissenschaften, in der Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft, Jahrg. 1925; und: Die Pseudowertfreien, in Schmollers Jahrbuch, Jahrg. 1925).
4. Nicht im Sinne imperativischer Normen, wohl aber im Sinne eines sozusagen technischen, rein fachmännischen Rates ist es erkenntniskritisch nicht auszuschließen, daß eine streng wissenschaftliche Grundlegung für Wirtschafts- und Sozialpolitik, Volks- und Weltwirt-

schaftspolitik versucht wird (Näheres in meinem „Problem der Volkswirtschaftspolitik“, Bd. 4 meiner Einführung in die Volkswirtschaftslehre, und in meinem Aufsatz „Zur systematischen Begründung der Sozialpolitik“ in den Kölner Vierteljahrsheften für Sozialpolitik).

5. Bei dieser Grundlegung kann die übliche Wirtschaftstheorie nur die Rolle einer Hilfswissenschaft spielen; die neu zu schaffenden Grundlagen müssen wirtschaftsphilosophischer oder vielleicht besser: wirtschaftsphysiologischer, jedenfalls aber allgemeinsten und außerdem, der konkreten Wirklichkeit sich nähernd, wirtschaftssoziologischer Art sein (näher auszuführen in meiner demnächst erscheinenden Schrift „Die Ermöglichung sozialökonomischen Rates“).

Staatsanwaltschaftsrat Dr. Dr. Gustav Wilke, London:

Römischrechtliche Einflüsse auf die Rechtsentwicklung im britischen Weltreiche.

England hat das römische Recht nie in seiner Gesamtheit rezipiert; doch haben nach der normannischen Eroberung römischrechtliche Grundsätze vielfach die Entwicklung seines Rechtes in der Rechtsprechung der Gerichte beeinflußt, vor allem unter der Einwirkung der Klerikerschaft, die in der ersten Zeit im alten Königsgeschicht, hauptsächlich aber später im Court of Chancery des Lordkanzlers weitgehenden Einfluß auf die Gestaltung des englischen Rechtes nehmen konnte.

Das auf diese Weise zum Teil mit römischrechtlichen Ideen durchsetzte englische Recht hat sich mit der Ausdehnung der britischen Macht über die Erde ausgebreitet und auch den überseeischen Besitzungen Großbritanniens die rechtlichen Formen ihres wirtschaftlichen Daseins gegeben. Ungehindert konnte diese Expansion des englischen Rechtes allerdings nur in den Ländern vor sich gehen, die erst von England europäischen Einflüssen erschlossen wurden. In Gebieten dagegen, die schon vor dem Übergange der Herrschaft an England von Europäern besiedelt gewesen waren, die naturgemäß das Recht ihrer Heimat, also römischrechtlich gestaltetes kontinentales Recht, in ihr Kolonisationsgebiet getragen hatten, mußte das englische Recht einen Ausgleich anstreben und in dem Ringen mit dem von den früheren Herren des Landes überkommenen kontinentaleuropäischen Rechte noch einmal den im Mutterlande bereits ausgetragenen Kampf zwischen englischen und römischen Rechtsgedanken aufnehmen — ein Kampf, der zum Teil, wie beispielsweise in Südafrika, noch heute nicht abgeschlossen ist.

Obermagistratsrat Wölbling, Direktor des Gewerbe- und Kaufmannsgerichts der Stadtgemeinde Berlin:

Grundsätze für die gesetzliche Neuregelung des Arbeitsrechts in Deutschland.

- I. Die Notwendigkeit des verstärkten Einsetzens der Person im Kriege und die Zerstörung der Sachgüter durch den Krieg hat naturgemäß zu einer erhöhten Wertschätzung der Arbeit als des gegenwärtig wichtigsten Mittels zur Schaffung der notwendigen Lebensgüter in allen Ländern geführt.
- II. Das Deutsche Reich trägt dieser Notwendigkeit u. a. in der Reichsverfassung Artikel 157 durch Verheißung eines neuen einheitlichen Arbeitsrechtes Rechnung.

- III. Gemäß dem Charakter der Reichsverfassung muß das neue Arbeitsrecht einen Ausgleich zwischen den bestehenden, auf dem Eigentum als unentbehrlichen Bestandteil der Rechtsordnung (Art. 153 ff. der Reichsverfassung) sich aufbauenden Gesetzen und der neuen die Arbeit und ihren Träger, die Persönlichkeit des Arbeiters als wichtigstes Volksgut einschätzenden Anschauungen herbeiführen.
- IV. Es ist unmöglich, mit einem Schlage die alten Rechtsgrundlagen des Privatrechts durch völlig neue zu ersetzen. Dazu bedarf es einer viele Generationen umfassenden Entwicklung, insbesondere in der Anschauung der Bevölkerung, auch der Arbeitnehmer. Die Richtung dieser Entwicklung und ihr Endpunkt ist z. Z. mit einiger Sicherheit noch nicht erkennbar.
- V. Grundsätze, über deren Durchführung eine gewisse Einigung erzielt werden kann, sind folgende:
1. Dem Arbeitsrecht ist gegenüber dem bisherigen Standpunkt des Gesetzgebers eine erhöhte Aufmerksamkeit zu widmen.
 2. Das erfordert die Beseitigung der unerträglichen Zersplitterung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen und der zu seiner Anwendung berufenen Behörden. Trotz des innigen Zusammenhangs des Arbeitsrechts mit dem geltenden allgemeinen öffentlichen und privaten Recht ist eine Zusammenfassung in einem einheitlichen Arbeitsgesetzbuch erforderlich, welches das formelle und materielle Arbeitsrecht umfassen muß.
 3. Ohne eine Regelung des materiellen Rechts sind die wesentlich auf die vollberechtigte Mitwirkung sachverständiger Arbeitgeber und Arbeitnehmer angewiesenen Arbeitsbehörden (Arbeitsnachweise, Berufsbehörden, soziale Versicherungsbehörden, Schlichtungsbehörden, Arbeitsgerichte, Arbeitskammern) nicht imstande, in befriedigender Weise das Arbeitsrecht anzuwenden und auszubauen.
 4. Der Begriff der „Arbeit“ („Arbeitgeber“, „Arbeitnehmer“, „Geistige und künstlerische Betätigung“ u. ä.), auf welche sich die gesetzliche Regelung beziehen soll, ist möglichst klar zu umgrenzen und von einer verschwommenen Verallgemeinerung freizuhalten, die dem Arbeitsrecht eine uferlose, von keinem Gesetzgeber zu bewältigende Ausdehnung geben würde.
In ihrer juristischen Bedeutung festzulegen sind auch die Begriffe des „Betriebes“, der „Berufsvereine“, „Wirtschaftlichen Vereinigungen“ und der „Vertreter der Arbeitgeber und Arbeitnehmer“.
 5. Das neue Arbeitsrecht soll nicht künstlich neue Probleme stellen und theoretische Regelungen anstreben, sondern der Entwicklung folgen und ihre Ergebnisse in brauchbare, den Anforderungen der Wissenschaft entsprechende, gleichzeitig aber dem Volke verständliche Formen gießen. Die wichtigsten Fingerzeige hierfür geben die vorhandenen Tarifverträge sowie die Entscheidungen der Gerichte, namentlich der Arbeitsgerichte und des Reichsversicherungsamts.
 6. Das Privatrecht darf als solches nicht beeinträchtigt werden, sondern es ist durch die Wirksamkeit kraftvoller Verbände im Sinne der vollen tatsächlichen Gleichberechtigung beider Vertragsteile des Arbeitsvertrages zu fördern. Andererseits kann

aber ein zwingendes Schutzrecht nicht entbehrt werden, zumal die Einigung der Beteiligten durch Gesamtvereinbarungen nicht selten auf längere Dauer ausbleibt und auch Tarifverträge zu einer schädlichen Durchlöcherung der Schutzbestimmungen führen können.

7. Zwar ist die der Gütererzeugung ernstlich zu berücksichtigen, doch darf sie nicht alleiniger Hauptzweck des Arbeitsrechts werden, sondern im mindest gleichen Maße sind die Bedürfnisse der Vertragsparteien im Auge zu behalten, die ja doch den Hauptteil der Bevölkerung ausmachen und der zu dienen der Staat bestimmt ist.
8. Bei der Vorbereitung des neuen Arbeitsrechts sind in besserer Weise als bisher die neuesten Mittel der Forschung für die Erfassung der tatsächlichen Verhältnisse und der neuzeitlichen Anschauung in Wissenschaft und Praxis anzuwenden, insbesondere durch Feststellungen an Ort und Stelle und Hinzuziehung maßgebender Sachverständiger, nicht aber durch Herbeiführung allgemeiner Aussprachen aller derjenigen, welche zu Worte kommen wollen.

VI. Die einzelnen Gebiete, deren Regelung notwendig ist, sind folgende:

1. Das Arbeitsvertragsrecht einschl. einzelner Sondergebiete,
2. das Recht der Arbeitstarifverträge und der Betriebsvereinbarungen,
3. das Arbeiterschutzrecht mit der Zeitregelung,
4. das Recht der Berufsvereine, wirtschaftlichen Vereinigungen und
5. das Verfahren in Arbeitssachen und die Organisation der Arbeitsbehörden (Arbeitsnachweise, Berufsämter, Versicherungsbehörden, Arbeitsgerichte, Schlichtungsbehörden, Arbeitskammern, Betriebe).

Prof. Dr. Karl Wolff, Innsbruck:

Der Rechtsbegriff.

1. Die Frage nach dem Rechtsbegriff ist eine formale und hat mit dem Rechtsinhalt nichts zu tun. Sie fragt nach den Merkmalen, die einem Belang zukommen müssen, damit er rechtlicher Belang sei.
2. Die bisherigen Theorien über den Rechtsbegriff haben zu keinem befriedigenden Ergebnis geführt. Insbesondere waren sie weder imstande, Erscheinungen wie die Revolution rechtlich zu begreifen, noch konnten sie das Dilemma: Souveränität der Einzelstaaten — Völkerrecht lösen.
3. Diese Lösung bietet aber die Definition des Rechtsbegriffs: „Recht im objektiven Sinn ist das dem Souverän im Rahmen seiner Souveränität erklärt Zusinnbare.“
4. Damit ist auch festgestellt:
 - a) Das objektive Recht ist nicht nur Sollen, sondern auch Versprechen.
 - b) Insoweit das Recht Sollen ist, handelt es sich um relatives Sollen.
5. Damit ist der Unterschied des rechtlichen vom sittlichen Sollen, das absolut ist, gegeben.

6. Der Begriff der Souveränität ist der Seinswelt, der Welt der Tatsachen entnommen und ist Voraussetzung für den Rechtsbegriff, nicht Ableitung aus ihm.
7. Staat als Grundbegriff ist Souverän und souverän Beherrschte zusammengenommen.
8. Daher ist weder der Rechtsbegriff aus dem Staatsbegriff noch dieser aus jenem ableitbar, sondern beide ergeben sich aus dem Begriff der souveränen Herrschaft im Zusammenhang mit dem der Zusinnbarkeit.
9. Der Staat ist, ist wirklich, real, kein bloßer Zurechnungsendpunkt.
10. Das Staatsgebiet ist dem Staat nicht wesentlich.
11. Kein Staat ohne Recht, kein Recht ohne Staat. Staat und Recht sind korrelative Begriffe.
12. Es gibt keine Ursprungsnorm. Ausgangspunkt für die einheitliche Auffassung alles Rechts ist vielmehr das in der Definition des Rechtsbegriffs (unter 3) ausgesprochene analytische Urteil.

7. Beiheft 20 für die Mitglieder unserer IVR.

Dasselbe führt den Titel:

Formatives und funktionales Recht in der
gegenwärtigen Kulturkrise.

Von Dr. Manfred Bott-Bodenhausen.

XVIII + 166 Seiten Großoktav

und wurde Ende August unseren Mitgliedern zugesandt.

8. Die Pflege der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie an den Hochschulen.

In diesem Bericht sind die an die Schriftleitung gelangten Mitteilungen verwertet, welche bis zum 15. September vorlagen. Fortsetzung in den folgenden Heften. Die Namen der Mitglieder der IVR. sind durch Fettdruck kenntlich gemacht.

Braunsberg/Opr.

Dem Vorlesungsverzeichnis der Staatlichen Akademie entnehmen wir für das Winterhalbjahr folgende Vorlesungen: Professor Switalski: Lehre vom Begriff, Urteil und Schluß; Professor Laum: Platos Staatslehre.

Erlangen.

Aus dem Vorlesungsverzeichnis für das Wintersemester 1926/27: Prof. Hensel: Geschichte der neuesten Philosophie vom Tode Hegels bis zur Gegenwart; derselbe: Rousseau; Dr. Zocher: Logik und Erkenntnistheorie.

Graz.

Privatdozent Dr. Ernst Seelig, Assistent am Kriminologischen Institut der Universität, kündigt für das Wintersemester ein Übungskolleg „Besprechung zeitgemäßer Probleme der Strafrechtsphilosophie und Kriminalpolitik“ an.

Hamburg.

Dem Vorlesungsverzeichnis für das Wintersemester 1926/27 entnehmen wir folgende Vorlesungen: Professor **Reichelt**: Grundzüge der Rechtsphilosophie; Prof. **Laun**: Allgemeine Staatslehre; Prof. Sieveking: Theoretische Volkswirtschaft; Prof. Zimmermann: Geschichte der volkswirtschaftlichen und sozialistischen Theorien; Prof. Cassirer: Kants System (Erfahrungslehre, Ethik, Ästhetik) in Verbindung mit Übungen zur Kritik der reinen Vernunft; Prof. **Görland**: Religionsphilosophie; derselbe: Rousseau; Dr. Sauer: Heutige Probleme der Erkenntnistheorie; Dr. Noack: Die deutsche Ästhetik vor Kant.

Heidelberg.

Im Wintersemester lesen: Professor **Radbruch**: Rechtsphilosophie; Lic. Odenwald: Grundprobleme der Ethik; Prof. **Gutzwiller**: Einführung in die Probleme der Rechtsvergleichung; Professor Rickert: Aufgabe, Wesen und Gliederung der Wissenschaft; Professor Hellpach: Allgemeine Sozialpsychologie; Dr. Mannheim: Geschichte und Soziologie des politischen Denkens in Deutschland.

Jena.

Das Vorlesungsverzeichnis Winter 1926/27 nennt folgende Vorlesungen: Prof. Jerusalem: Allgemeine Staatslehre; Prof. **Koellreutter**: Völkerrecht; derselbe: Der englische Staat der Gegenwart; Professor Grisebach: Einführung in die Geschichte der Philosophie; derselbe: Bildungsfragen der Gegenwart; Prof. Wundt: Goethe als Denker; derselbe: Erkenntnislehre; Prof. **Emge**: Kritische Lektüre von Hegels „Philosophie des Rechts“; derselbe: Die Kunst zu philosophieren; Prof. Bauch: Grundzüge der systematischen Philosophie; derselbe: Kants Kritik der reinen Vernunft; Prof. Linke: Die philosophischen Strömungen der Gegenwart.

Kiel.

Das Vorlesungsverzeichnis für Winter 1926/27 kündigt folgende Vorlesungen an: Professor Scholz: Descartes und Leibniz; derselbe: Übungen zu Kants Kritik der Urteilkraft; Professor Baron von Brockdorff: Probleme der Philosophie in systematischer Darstellung.

Köln.

Aus dem Vorlesungsverzeichnis für das Winterhalbjahr: Dr. Barthel: Ethik; Professor **von Beckerath**: Geschichte der Volkswirtschaftslehre; Professor Breuer: Allgemeine Theorie der Statistik; Professor Hartmann: Die Kritik der reinen Vernunft; Professor **Haymann**: Grundzüge der Rechts- und Sozialphilosophie; Dr. Hessen: Logik; derselbe: Grundfragen der Ethik; Professor Lindemann: Allgemeine Sozialpolitik; Dr. Müller: Wirtschaftliche Grundlagen der Sozialpolitik; Professor Plessner: Einleitung in die Philosophie; Professor **Schmittmann**: Sozialpolitik als Volksordnung; Dr. Stulz: Politische Führung und bürgerliche Freiheit in den Vereinigten Staaten; Professor Wirminghaus: Einführung in die Methode des wissenschaftlichen Arbeitens; Dr. Witzel: Grundzüge der volkswirtschaftlichen Quellenkunde.

Kopenhagen.

Das Vorlesungsverzeichnis für das Wintersemester weist folgende Ankündigungen auf: Professor Nielsen: Nationalökonomie;

Dr. Schröder: Rechtspsychiatrie; Professor Jörgensen: Philosophische Propädeutik; Dr. Ranulf: Einführung in die neuere philosophische Literatur.

Leipzig.

Für das Winterhalbjahr 1926/27 kündigt die Handelshochschule folgende Vorlesungen an: Privatdozent Dr. Streller: Literaturgeschichte der theoretischen Nationalökonomie; Professor **Jahrreiß**: Einführung ins juristische Denken; Geh. Hofrat Professor Volkelt: Erkenntnistheorie als Einleitung in die Philosophie; Professor Leisegang: Die Philosophie des deutschen Idealismus; Professor Bergmann: Geschichte der neuesten Philosophie (von Hegel bis zur Gegenwart).

Marburg (Lahn).

Für das Winterhalbjahr sind folgende Vorlesungen angekündigt: Geheimrat Prof. Traeger: Grundlagen der Politik; Prof. Genzmer: Allgemeine Staatslehre; Prof. Rehmke: Philosophie als Grundwissenschaft; Prof. Heidegger: Geschichte der Philosophie von Thomas v. A. bis Kant; derselbe: Ausgewählte Probleme der Logik.

Münster i. W.

Im Wintersemester 1926/27 hält Professor **Ettlinger** ein philosophisches Seminar für Vorgesessene: „Besprechungen über Grundbegriffe der Sozialpsychologie.“

Nürnberg.

Wir entnehmen dem Vorlesungsverzeichnis der Handelshochschule für das Wintersemester 1926/27 folgende Vorlesungen auf dem Gebiete der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie: Privatdozent Dr. Peter: Einführung in die Soziologie; derselbe: Die soziale Schichtung; Geheimrat Professor Dr. Marbe: Philosophie und Psychologie der praktischen Menschenkenntnis; Professor Dr. Proesler: Geschichte der wirtschaftlichen Lehrmeinungen; Professor Dr. Vershofen: Grundriß der Wirtschaftspolitik; Professor Freiherr von Scheurl-Defersdorf: Staatsbürgerkunde; derselbe: Grundzüge des Wirtschaftsrechts.

Rom.

Prof. **Giorgio del Vecchio**, ord. Prof. der Rechtsphilosophie, hat auch im Jahre 1925/1926 ein Kolleg über Rechtsphilosophie gelesen; außerdem ein Seminar (Rechtsphilosophische Übungen) abgehalten, an welchem über 80 Studenten mit Vorträgen und schriftlichen Arbeiten teilnahmen. Es wurden u. a. folgende Themata erörtert: 1. Die Grundsätze der Politik nach Plato und Aristoteles; 2. Die Souveränität; 3. Das Problem des Naturrechts; 4. Die Auslegung des Gesetzes und die Lücken im Rechte; 5. Die Unauflöslichkeit der Ehe.

Im Juli 1926 wurden, an derselben Universität, 13 Dissertationen auf dem Gebiete der Rechtsphilosophie zur Erlangung der Doktorwürde vorgelegt.

Im nächsten Jahre 1926/1927 wird Prof. Del Vecchio ebenfalls, sowohl Kolleg wie Seminarübungen über Rechtsphilosophie abhalten.

Vorlesungen über Rechtsphilosophie wurden im Jahre 1925/1926 in der römischen Universität auch von folgenden Privatdozenten (Liberi docenti) gehalten: Dr. Antonio Pagano, Dr. Francesco Aquilanti, Dr. Giuseppe Folchieri, Dr. Guido Chialvo und Dr. Panfilo Gentile.

9. Aus unserm Mitgliederkreise.

In diesem Bericht sind die an die Schriftleitung bis zum 15. September 1926 gelangten Mitteilungen verwertet. Fortsetzung in den folgenden Heften. Die Namen der Mitglieder der IVR. sind durch Fettdruck kenntlich gemacht.

Berlin.

Dr. Oskar **Aust**, Volkswirt, veröffentlichte in der Zeitschrift „Ethos“ einen Aufsatz „Sozialbiologie“.

Geh. Justizrat Professor Dr. **Triepel** wurde zum Rektor der Berliner Universität gewählt.

Bonn.

Prof. Dr. Graf zu **Dohna** referierte in der Tagung der Deutschen Landesgruppe der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung (Bonn, 9.—11. Sept.) über: „Das richterliche Ermessen nach dem Amtl. Entwurf eines Allg. Deutschen Strafgesetzbuches.“

Breslau.

Geheimrat Prof. Dr. **Manigk** gründete an der Universität Breslau ein „Archiv für angewandtes Recht“, welches Urkunden aus dem Gebiete des Zivilrechts sammeln will, um sie den Studierenden zugänglich zu machen.

Cleve.

Unser Mitglied Assessor Dr. **Haas** berichtet uns: Der Landgerichtspräsident in Arnheim (Holland) Jonkheer J. A. van der Does hatte am 14. Juni d. J. die richterlichen Mitglieder und die Staatsanwälte des Landgerichtsbezirks Cleve zu einem Besuch Arnheims und des dortigen Gerichtes eingeladen. Die gerade in einem Grenzgebiet besonders aktuellen Probleme des internationalen Privatrechts und der gegenseitigen Rechtshilfe wurden ausgiebig erörtert. Es dürfte wohl zum ersten Male sein, daß deutsche und holländische Gerichtsbeamte auf diese Weise zusammengetroffen sind.

Frankfurt a. Main.

Privatdozent Dr. Karl **Strupp** in der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität wurde zum außerordentlichen Professor ernannt.

Gießen.

Privatdozent Dr. Friedrich **Raab** wurde als o. Professor der Volkswirtschaftspolitik an die Forstl. Hochschule in Tharandt berufen.

Göttingen.

Geh. Rat Professor Dr. Viktor **Ehrenberg**, Ehrendoktor der Universität Königsberg, beging am 22. August seinen 75. Geburtstag. Viele große Werke sind diesem bedeutenden Gelehrten zu verdanken, so vor allem das bekannte „Handbuch des gesamten Handelsrechts“.

Geh. Justizrat Professor Dr. Robert **von Hippel**, einer der bedeutendsten Vertreter der deutschen Strafrechtswissenschaft, beging am 8. Juli seinen 60. Geburtstag.

Halle a. d. S.

Dr. Lic. Hugo **Lehmann** legte dem 6. Internationalen Kongreß für Philosophie Thesen zum Thema: „Das religiöse Kultusmoment“ und zum Thema „Kulturelle Gemeinschaft“ vor.

Hamburg.

Privatdozent Dr. **Wegner** wurde zum ordentlichen Professor für Strafrecht in Breslau ernannt.

Heidelberg.

Prof. Dr. **Engelhard** hielt auf der Tagung der Deutschen Landesgruppe der Int. Kriminalistischen Vereinigung (Bonn, 9.—11. Sept.) ein Referat über das Thema: „Wahrheitsbeweis und Wahrung berechtigter Interessen nach dem Strafgesetzentwurf.“

Leipzig.

Prof. Dr. **Jacobi** hielt am 15. Mai in Dresden bei der Tagung des Landesverbandes der Sächsischen Referendare und Assessoren einen Vortrag über: „Das System des Arbeitsrechts.“

Landgerichtsdirektor Dr. **Wunderlich** referierte in der Tagung der Deutschen Landesgruppe der Int. Kriminalistischen Vereinigung (Bonn, 9.—11. Sept.) über: „Das richterliche Ermessen nach dem Amlt. Entwurf eins Allg. Deutschen Strafgesetzbuches.“

Luzern.

Dr. Plazid **Meyer von Schauensee**, Vizepräsident des luzernischen Obergerichts, beging am 27. Juni sein 50jähriges Doktorjubiläum. Die juristische Fakultät der Universität Heidelberg erneuerte die Urkunde mit ehrenden Worten.

München.

Der Mitherausgeber unseres Archivs, Geh. Justizrat Professor Dr. Leopold **Wenger**, Vertreter des römischen und deutschen Rechts an der Universität München, wurde von der Preußischen Akademie der Wissenschaften zum korrespondierenden Mitglied ihrer philosophisch-historischen Klasse gewählt. Vom Wintersemester ab folgt Geheimrat Wenger dem an ihn ergangenen Ruf an die Universität Wien.

Rom.

Giorgio **del Vecchio**, o. Professor der Rechtsphilosophie, wurde zum Rektor der Universität für die Studienjahre 1925/1926 und 1926/1927 ernannt.

Sofia.

Der Univ.-Assistent Dr. Nikola **Dolaptschlew** wurde im Mai d. J. auf Grund seiner Habilitationsschrift „Unrecht und Schuld“ (Beiträge zur Rechtsphilosophie mit überwiegender Berücksichtigung des Strafrechts) an die Staatsuniversität berufen. Er wird vom Herbst dieses Jahres ab Vorlesungen über Kriminalpolitik halten. Seine Hauptwerke sind: „Die Zivilklage im Strafgericht“, „Zum Aufbau des Schuldbegriffs im Strafrechtssystem“, „Unrecht und Schuld“ und „Das Strafrecht in Sowjetrußland“.

Tiflis.

Der deutsche Generalkonsul Legationsrat Dr. G. O. **von Wesendonk** veröffentlichte im Mai d. J. in den „Süddeutschen Monatsheften“ einen Aufsatz „Islamische Probleme“, der u. a. auch das staatlich-rechtliche im Verhältnis zum religiösen im Islam behandelt.

Würzburg.

In den letzten Junitagen entschlief in einem Münchener Sanatorium der hervorragende Staatsrechtler Geheimrat Prof. Dr. Robert **Piloty** im Alter von nur 63 Jahren. Unserm „Archiv“ hat er vor allem seine Arbeit: „Das parlamentarische System“, beige-steuert, welches später in Buchform erschien und zwei Auflagen erlebte.

10. Neue ordentliche Mitglieder.

Seit 16. Juni 1926. Abgeschlossen 15. September 1926.

- Dr. Walter Anderssen, Professor, Lindow (Mark);
 Justizrat Dr. Dagobert Auerbach, Rechtsanwalt, Berlin-Schöneberg, Hauptstraße 135;
 Dr. J. C. Baak, Rechtsanwalt, Nymegen, Groesbeekscheweg 32;
 Dr. Paul Baumann, Rechtsanwalt, Berlin-Halensee, Hektorstraße 6;
 Ober-Regierungsrat Dr. Ernst Behrend, Mitglied des Reichsversicherungsamts, Charlottenburg, Hebbelstraße 20;
 Heinrich Cnopf, Senatspräsident, Nürnberg, Karolinenstraße 29;
 Rechtsanwalt Walther Bernhard, Berlin W 30, Nollendorfplatz 1;
 Dr. Adolf Caspary, Berlin NW 23, Lessingstraße 12;
 Gerhard Cohn, Rechtsanwalt, Berlin W 9, Potsdamer Str. 138;
 Dr. Josef Dobretsberger, Universitätsassistent, Wien III, Rennweg 42;
 Dr. Martin Domke, Rechtsanwalt, Berlin W 10, Bendlerstr. 30;
 Regierungsrat Willy Donau, Direktor der Berliner Zweigstelle des Internationalen Arbeitsamts, Berlin-Zehlendorf, Weißer Steg 8;
 Kurt Eberhardt, Schriftsteller, Berlin-Charlottenburg, Königin-Luise-Straße 3;
 Dr. Georg Eberstadt, Bankier, Hamburg 39, Willistraße 7;
 Dr. A. D. H. Fockema-Andrae, Vizepräsident am Landgericht, Arnheim (Holland);
 Dr. Ernst Frankenstein, Rechtsanwalt, Berlin W 8, Behrenstraße 23;
 Dr. H. O. Funck, Rechtsanwalt, Berlin W 50, Kurfürstendamm 28;
 M. Gerschonow, Dozent, Kiew, Swerdlowsstraße 26;
 Dr. Karl Heinrici, Staatssekretär z. D., Berlin-Lichterfelde, Drakestraße 41;
 Carl Hellweg, Gerichtsassessor a. D., Direktor der Westfälischen Provinzial-Feuersocietät, Münster i. W., Friedenstr. 14;
 Landgerichtsrat a. D. Dr. Max Heymann, Rechtsanwalt, Berlin-Halensee, Hektorstraße 14;
 Dr. Wilhelm Hofacker, Ministerialrat im Ministerium des Innern, Stuttgart, Dorotheenstraße 1;
 Dr. Otto Hoetzsch, M. d. R., o. Professor der Geschichte an der Universität, Berlin W 10, Bendlerstraße 18;
 Pädagogisches Institut bei der Technischen Hochschule Darmstadt, Mainz, Petersstraße 2;

- Rechtsanwalt Dr. Robert Kauffmann, Mitglied des Vorstandes der Berliner Städt. Elektrizitätswerke A.-G., Berlin NW 6, Schiffbauerdamm 22;
- Dr. Johann Kinkel, o. Professor der Staatswissenschaften an der Universität Sofia, Uliza Zibra 9, Zarigradsko Chaussee;
- Dr. Wilhelm Koppers, Privatdozent der Ethnographie an der Universität Wien, Herausgeber des „Anthropos“, St. Gabriel-Mödling bei Wien;
- Dr. Friedrich Leppmann, Sanitätsrat, Berlin NW 87, Siegmundshof 1;
- Justizrat Dr. W. Loewenfeld, Rechtsanwalt, Berlin NW 21, Rathenower Straße 78;
- Dr. ing. e. h. Hans von und zu Löwenstein, Bergassessor des Vereins für die bergbaulichen Interessen, Essen, Friedrichstraße 2;
- Dr. Carl-Max Lüttgens, Landesarbeitsamtsdirektor, Magdeburg, Goethestraße 36;
- Eugen Maddison, Generalsekretär im Innenministerium, Tallinn (Reval), Weizenbergstraße 16;
- Landgerichtsrat Dr. Mannheim, Privatdozent an der Universität Berlin, Berlin-Steglitz, Luisenstraße 1;
- Dr. Cedomir Marković, o. Professor der Rechte an der Universität Subotica (Jugoslavien);
- Dr. Hermann Neuschäffer, Rechtsanwalt, Darmstadt, Rheinstraße.
- Otto Pauly, Hamburg 1, Mönckebergstraße 27;
- Dr. Erich Pollack, Rechtsanwalt, Berlin-Wilmersdorf, Güntzelstraße 62;
- Dr. Wilhelm Polzer, Kriminalpolizeikommissär a. D., Graz, Seebachergasse 5;
- Frau Dr. jur. Marie Raschke, Berlin-Lichterfelde-West, Murtenener Straße 4;
- Dr. Wilhelm Rechlin, Erster Syndikus der Industrie- und Handelskammer zu Essen, Essen, Bismarckplatz 5;
- Dr. O. Reinhold, Rechtsanwalt, Düsseldorf, Marschallstr. 37;
- Dr. Ernst W. Roth, Referendar, Berlin W 15, Kaiserallee 213;
- Dr. Schandelmaier, Rechtsanwalt, Villingen (Baden);
- Dr. P. W. Schmidt, S. V. D. Professor, Direktor des Päpstl. Museums für Missiologie und Ethnologie, Rom, Palazzo Laterano;
- Dr. jur. Kristian Sindballe, o. Professor der Rechte an der Universität Kopenhagen, Bülowsvej 2;

Dr. jur. Curt Sluzewski, Rechtsanwalt, Berlin SW 19, Wallstraße 3;

Staats- und Universitätsbibliothek, Hamburg 1, Speersort;

Stadtbibliothek, Breslau I, Roßmarkt 7/9;

Stadtbibliothek, Dortmund, Markt 14/16;

Stadtbibliothek, Trier;

Professor Dr. Ludwig Stein, Berlin W, Lützowufer 5a;

Dr. Max Strauss, Rechtsanwalt, Stuttgart, Silcherstraße 7;

Universitätsbibliothek, Bonn;

Universitätsbibliothek, Graz;

Universitätsbibliothek, Kiel;

Dr. Karl Wahle, Landesgerichtsrat, Wien IX, Türkenstraße 23;

Dr. h. c. Ernst Wiegandt, Leipzig, Kurprinzstraße 10;

Dr. Wittenberg, Landgerichtsrat, Schweidnitz, Studtstraße 5;

Dr. phil. Leon Zeitlin, Syndikus und Schriftsteller, Berlin-Charlottenburg 2, Schillerstraße 14.

Dem

REICHS-JUSTIZMINISTERIUM,

*das während fünfzigjähriger gesetzgeberischer Arbeit
in dem Streben nach Gerechtigkeit
mit den Tendenzen der Rechtsphilosophie sich begegnet,*

zu seinem

50 JÄHRIGEN BESTEHEN

(1. Januar 1927)

dargebracht von dem

*Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
mit besonderer Berücksichtigung
der Gesetzgebungsfragen.*

A. Aufsätze.

Fruchtbarkeit der Rechtsphilosophie? Ziele unserer Wissenschaft¹⁾.

Von

Wilhelm Sauer, Königsberg.

Noch immer besteht nicht entfernt Übereinstimmung über Wesen und Aufgabe der Rechtsphilosophie. Die meisten anderen Wissenschaften sind darin glücklicher, ihre Forschung bequemer, ihre Ergebnisse gesicherter. Der Gegenstand ist umrissen, die Methode festgelegt. Das Gegenteil ist — man möchte beinahe sagen —: selbstverständlich bei der Philosophie, und nicht anders bei der Rechtsphilosophie. Eine eigenartige und doch in sich begründete Tragik! Eine Tragik, die in ihrer herben Schönheit den Forscher immer von neuem lockt, von vorn anzufangen und sich auf den weiten Weg zu dem großen Unbekannten zu begeben, auf den Weg, der nie zum Ziel führt, während die glücklicheren Einzelwissenschaften sich am Ziel im Besitz gesicherter Erkenntnisse sonnen. Eine gleiche „Förderung“ der Philosophie, der Rechtsphilosophie ist zum mindesten erschwert, wenn nicht ausgeschlossen. Muß doch jeder Forscher wieder von vorn beginnen.

Mein Thema soll daher heute sein: Feststellung alles dessen, worüber voraussichtlich eine Einigung erzielt werden kann. Also ein Aufruf zur Einheit und Synthese, zur Sammlung und gegenseitigen Verständigung. Ist Verständigung überall im Leben anzustreben, so besonders in der Wissenschaft, die doch auf Einheit ausgeht. Ein Schulenstreit, nur im Interesse der Schule geführt, ist echter Wissenschaft unwürdig. Es gibt nur eine berechtigte Tendenz wissenschaft-

¹⁾ Diese Abhandlung ist ein erweiterter Vortrag, der (selbstverständlich in leichterer Fassung und leider nur in einer halbstündigen Redezeit) auf dem Kongreß für Rechtsphilosophie zu Berlin am 26. Oktober 1926 gehalten wurde. Die Aufnahme in eine, dem Reichsjustizministerium gewidmete Festschrift rechtfertigt sich insofern, als die Rechtsphilosophie ihre Fruchtbarkeit u. a. in der Gesetzgebungspolitik zeigt, so daß das Reichsjustizministerium sozusagen die Behörde praktischer Rechtsphilosophie ist.

licher Arbeit: die Tendenz der Wissenschaft überhaupt — daher wird es alsbald unsere Aufgabe sein: diese festzustellen. Und nur eine persönliche Tendenz ist anzuerkennen: möglichste Überbrückung der Gegensätze. Der Verständigungswille, sonst oft (ebenso wie im politischen Leben) als ein Zeichen von Schwäche ausgelegt, scheint mir hier das Gegenteil von Schwäche zu sein; denn er stellt gar hohe Anforderungen: universale, d. i. eben echt philosophische Einstellung, Verständnis für fremde Gedankenkreise, überall Herausarbeitung des Gemeinsamen und des Wesentlichen. Also schon wegen der umfassenden Kenntnis und der Vielseitigkeit alles andere denn ein Zeichen von Schwäche. Nun mag freilich der Spezialist darauf hinweisen, daß heutzutage die Stärke gerade im Spezialistentum beruhe. Der universal gerichtete Philosoph erwidert: bei aller Spezialistenarbeit ist der Blick auf das Ganze nicht außer acht zu lassen; sonst gleicht der Spezialist jenem Arzt, der durch eine Gewaltkur das kranke Organ heilt, dabei aber den Gesamtorganismus zugrunde richtet. In gleicher Weise bedarf der Jurist der Rechtsphilosophie, der Volkswirt der Sozialphilosophie, der Mensch überhaupt der Philosophie.

I.

Welches ist der Ausgang unserer Forschung? Der Ausgang ist bei jeder wissenschaftlichen Forschung das Schwerste, besonders aber bei der philosophischen. Hier ruht die Wurzel aller Meinungsverschiedenheiten. Kein Wunder, daß die einzelnen Forscher, wenn sie schon verschiedene Ausgangspunkte nehmen, nachher verschiedene Wege gehen und verschiedene Ziele verfolgen; und es bleiben dann nur zwei gewiß nicht erwünschte Möglichkeiten: entweder kreuzen sich die Wege, dann ist die Folge Kampf, oder die Wege laufen einander parallel, ohne daß man sich sieht, dann ist die Folge Interesselosigkeit, Unkenntnis. Beidemale keine Verständigung.

1. Vielfach wird das Wissenschaftsgebiet als Ganzes zum Ausgang genommen, so von Stammler²⁾. Welches ist die Aufgabe der Rechtsphilosophie? Das ist ein beliebter Anfang der Lehrbücher. Dieser Ausgang hält aber wissenschaftlich nicht stand, mag er sich auch aus pädagogischen Gründen zwecks vorläufiger Orientierung empfehlen. Denn in dieser einen Frage ist bereits der größte und wichtigste Teil sämtlicher Probleme enthalten. Sie rollt das System mit dem Endziel der Forschung auf. Sie ist nicht der Anfang, sondern schon das Ganze, also Ziel und

²⁾ Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1922, § 1.

Ende. Wird sie exakt erörtert, so hat man im wesentlichen seine Aufgabe erledigt. Wird sie nicht exakt erörtert, so gibt man Anlaß zu Angriffen.

2. Beliebte ist ferner der Ausgang von den verschiedenen Richtungen, die in Gegenwart und Vergangenheit in der Rechtsphilosophie vertreten werden. Es ist ein ähnlicher Ausgang wie der vorige, nur in gleichsam vervielfachter Gestalt. Die Aufgabe und das System der Rechtsphilosophie wird nicht an der eigenen Auffassung, sondern an einer mehr oder weniger großen Zahl anderer Meinungen dargelegt. Also dieselben Bedenken gegen die wissenschaftliche Zulänglichkeit wie dort. Gewiß ist ein solcher dogmengeschichtlicher Überblick zur lehrbuchartigen Einführung ausgezeichnet, wie er z. B. von M. E. Mayer³⁾ geboten wird. Die Wissenschaft selbst aber erfordert eigenen systematischen Aufbau. Die Beschäftigung mit Dogmengeschichte ist nur der Weg, den ein Forscher bei der Forschung geht, um zum eigenen System zu gelangen; aber nicht der Weg der Wissenschaft überhaupt. Übrigens schimmert durch die Art der dogmengeschichtlichen Darstellung und besonders durch die Kritik fremder Ansichten bereits deutlich das eigene System hindurch.

3. Andere beginnen sofort mit dem Grundbegriff, etwa mit dem Wesen des Rechts oder der Gesellschaft oder Wirtschaft. Das sind jedoch die Hauptprobleme, die erst im Laufe der Untersuchungen geklärt werden können. Viele Rechtsphilosophen sehen in der Ergründung des Wesens des Rechts sogar das Hauptziel ihrer Wissenschaft; das Gleiche kann also nicht gut der Beginn sein. Wer mit einem fertigen Rechtsbegriff daher schon gegen Anfang auftritt, wie Stammler⁴⁾, wird immer Gefahr laufen, von anderen Autoren, die zu einem anderen Begriff gelangen, abgelehnt zu werden, ein Schicksal, wie es der Stammlerschen Definition des Rechts in der Tat meist widerfahren ist⁵⁾. Sodann: Der Ausgang vom Recht ist zu eng; denn wie will man das Recht gegenüber der Sitte, gegenüber der Gesellschaft und parallelen Erscheinungen abgrenzen? Auch diese müssen doch bestimmt werden; das ist aber offenbar nicht möglich, wenn man das Gebiet schon zu Beginn auf das Recht beschränkt. Vielmehr muß der allen jenen Erscheinungen gemeinsame Boden betreten werden; nur von hier aus läßt sich das Recht von verwandten

³⁾ Rechtsphilosophie, 1922, S. 7.

⁴⁾ Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, 1. Abschnitt (S. 39 ff.), Lehrbuch §§ 19 ff.

⁵⁾ So von M. E. Mayer, S. 53; vgl. auch S. 21: „Es ist daher begreiflich, daß Stammlers Lehre fast nur Gegner gefunden hat.“

Erscheinungen abgrenzen, innerhalb des Ganzen begreifen und somit in seinem Wesen selbst bestimmen.

4. Der richtige Ausgangspunkt scheint mir vielmehr dieser: Welche Forderungen haben wir an das vorliegende Wissenschaftsgebiet zu stellen? Was verlangen wir von der Rechtsphilosophie? Welche Gruppe von Problemen, die das Leben aufgibt, soll sie lösen? Der Ausgang ist also von dem Problem zu nehmen⁶⁾.

Die Rechtsphilosophie soll den Grund legen für die Rechtswissenschaft, und zwar nicht nur logisch-erkenntnistheoretisch, sondern auch teleologisch-praktisch: sie soll der Rechtswissenschaft nützen und damit mittelbar dem Leben. Fruchtbarkeit der Rechtsphilosophie — das scheint mir die Hauptforderung zu sein, der gewiß niemand sachlich (also von der Formulierung abgesehen) widersprechen wird. Die Rechtsphilosophie ist von Anfang an auf Anwendung anzulegen; diese Tendenz ist an den Anfang zu stellen und als Leitmotiv streng bis zum Schluß durchzuführen. Nicht nur die Rechtswissenschaft, auch die Rechtsphilosophie ist anzuwendende Wissenschaft. Wird die Rechtsphilosophie dagegen, so wie jetzt vielfach, rein logisch ohne Rücksicht auf ihre Anwendung betrieben, so werden sie die Juristen als überflüssig ansehen und sich von der Beschäftigung mit ihr abwenden. Bezeichnend ist, daß die Rechtsphilosophie in Preußen nicht einmal Prüfungsfach ist — weder bei den Juristen noch bei den Volkswirten, noch bei den Philosophen. Die Philosophen beschäftigen sich mit ihr nur von der Ethik oder der Kulturphilosophie, allenfalls von der Soziologie aus. Die Rechtsphilosophie ist aber gerade zu verstehen als Mittelglied zwischen reiner Philosophie und rechtlich-sozialem Leben, und zwar nicht nur logisch-systematisch, sondern derart, daß sie beide miteinander verbindet. Sie schlägt die Brücke von hier nach dort; sie überführt die reinen Erkenntnisse in das Leben. Sie nützt den Juristen wie den Philosophen; und deshalb zwingt sie beide Teile dazu, sich mit ihr zu beschäftigen.

Ist aber nicht reine Erkenntnis (statt Fruchtbarkeit) Aufgabe der Wissenschaft, zumal einer philosophischen Disziplin? Gewiß.

⁶⁾ Insofern trifft das Richtige M. Salomon, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 1919 (2. Aufl. 1925). Unrichtig ist nur, bei diesem Ausgang bis zum Ende zu verbleiben und in der Rechtsphilosophie nichts weiter als eine Lehre von Problemen zu sehen. Diese Darstellung der Probleme ohne Lösung ist reinster Relativismus und übertriebener Skeptizismus — das Gegenteil von Fruchtbarkeit.

Die Wissenschaft erstrebt Erkenntnis um ihrer selbst willen, ohne Rücksicht auf ihre Nützlichkeit. Insofern ist dem „Formalismus“ zuzustimmen und dem „Pragmatismus“ zu widersprechen. Un-erträglich wäre das von einigen radikalen Pragmatisten, keineswegs von allen, gewonnene Ergebnis: die Wissenschaft habe Erkenntnis nur insoweit zu erstreben, als diese nützlich ist; Wahrheit sei gleich Nützlichkeit. Dieses Ergebnis liegt aber fern ab von unserem eingeschlagenen Wege. Die Wissenschaft geht auf Erkenntnis, nicht auf Nützlichkeit aus; aber was sie erkennt, ist schließlich nützlich. Die Nützlichkeit liegt nicht im erstrebten Endziel, sondern bereits im wissenschaftlichen Gegenstand (und insofern natürlich auch im Ziel).

Somit taucht das Problem des wissenschaftlichen Gegenstandes auf⁷⁾. Wissenschaftlicher Gegenstand ist, was für die (betreffende) Wissenschaft wesentlich ist. Wissenschaftlicher Gegenstand ist, was für die (betreffende) Wissenschaft erheblich, für sie sinnvoll, für sie wertvoll ist. Mit sinnlosen Dingen soll sich gewiß keine Wissenschaft beschäftigen. Insofern wiederum ist abzulehnen der bloße Formalismus, der Logismus, jene phänomenologische Forschung, die sozusagen blindlings auf das Erforschen der Erscheinungen ausgeht. Nicht die Erscheinungen schlechthin sind zu erforschen, sondern die für die (jeweilig vorliegende) Wissenschaft wesentlichen Erscheinungen. Verfehlt erscheint mir der Standpunkt, der kürzlich von einem angesehenen Soziologen⁸⁾ in bezug auf seine Wissenschaft, aber allgemein so formuliert wurde: Die reine Wissenschaft ist „wunschlos, politisch indifferent (das ist richtig), unpraktisch, und insofern bewußt wirklichkeitsfremd“. Das letztere ist m. E. grundfalsch. Sonst wäre der oft gegen die Wissenschaft erhobene Vorwurf der Weltfremdheit und Rückständigkeit nur allzu berechtigt. Die Wissenschaft hat sich ihren eigenen Bedürfnissen zuzuwenden, und diese werden von dem Leben immer von neuem aufgegeben.

Ich hoffe: in der Sache wird man diesem von mir hier nur kurz angedeuteten Standpunkt zustimmen. Demgegenüber tritt die begriffliche Formulierung zurück; über sie wird man eher verschiedener Ansicht sein. Mein Vorschlag ging dahin: Das Ziel

⁷⁾ Von der Rechtsphilosophie meist nicht beachtet. Die allgemeine Philosophie hätte hierauf aber aufmerksam machen sollen. Vgl. etwa Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, 4. Aufl. 1921.

⁸⁾ Günther (Innsbruck), *Verhandlungen des 4. deutschen Soziologentages in Heidelberg 1924*, S. 49. In der ergiebigen Diskussion wurde dieser doch stark zum Widerspruch reizenden Ansicht nicht einmal widersprochen.

des jeweiligen Wissenschaftsgebietes, seine Aufgabe und insofern sein Wesen wird bestimmt durch sein Grundgesetz; das juristische Grundgesetz läßt sich etwa so fassen: Sicherung und Förderung des Staates und seiner Glieder; oder: Beurteilung des staatlich-sozialen Lebens auf Recht und Unrecht gemäß den Zielen des Staates. Dieses erste Prinzip einer jeden Wissenschaft ist also die oberste Gesetzmäßigkeit. Das zweite ist der Gegenstand, ist das zu beurteilende Objekt. Allgemein für jede Wissenschaft ist dieses das Leben, soweit es wissenschaftlich eben noch beachtlich und erfaßbar ist. Die für eine Wissenschaft gerade noch erheblichen Einzelheiten nannte ich (in Anlehnung einerseits an Leibniz, andererseits an Fichtesche Gedankenkreise) die Wert-Monaden; sie sind die auf die wissenschaftlichen Grundgesetze zugeschnittenen, die von ihnen beurteilbaren Bestandteile des Lebens; sie sind die wissenschaftlich gereinigten Lebensäußerungen. Speziell für die Rechtswissenschaft sind es die Wertstrebungen von Mensch zu Mensch; m. a. W. die auf Bedürfnisbefriedigung gerichteten Verhaltensweisen der Menschen. Das ist die dem Recht entsprechende sog. Wirtschaft. Diese Orientierung des Rechts auf das Leben, diese scharfe Herausarbeitung des spezifisch juristischen Objekts meint man im Grunde, wenn man eine „wirtschaftliche“, lebensvolle Betrachtungsweise des Rechts fordert, wenn man verlangt, das Recht müsse den Bedürfnissen des Lebens unmittelbar folgen, der Richter müsse auf die Interessen des rechtsuchenden Publikums Bedacht nehmen. Überall klingt unser Leitmotiv an: Fruchtbarkeit der Rechtsphilosophie; anzuwendende Wissenschaft. Und überall schimmert das herrliche Gegensatzpaar hindurch: Grundgesetz und Wert-Monade⁹⁾.

II.

Hiernach ergibt sich für die Auffassung des Wesens der Rechtsphilosophie das folgende:

1. Sie hat nicht einseitig von oben auszugehen, etwa von dem Gesamtbild einer Weltanschauung oder eines fertigen Systems. Mit dieser Einsicht hängt es zusammen, daß bedeutende

⁹⁾ Die Fruchtbarkeit als philosophisches Prinzip wird neuerdings betont von E. Rothacker, Logik und Systematik der Geisteswissenschaften (im Handb. d. Philosophie), 1926; nur sieht er die Fruchtbarkeit für die Geisteswissenschaften allein in der Methode der historischen Schule. Andererseits wird neuerdings vielfach auf die schwere oder gar unmögliche Vereinbarkeit des Apriorismus mit Fruchtbarkeit der Prinzipien für das Leben hingewiesen (vgl. etwa Sombart, Proletarischer Sozialismus, 1925; Rud. Lehmann, Das doppelte Ziel der Erziehung, 1926).

Philosophen verhältnismäßig wenig Erkenntnisse beigesteuert haben, die wir für die Rechtsphilosophie gebrauchen können; man denke etwa an Kant und an Hegel, auch an Wundt¹⁰⁾. Sie reihten das Recht, wie sie es sahen, sehen mußten, in ihr Weltbild und System ein; die Probleme, mit denen sich die Rechtsphilosophie und erst gar die Rechtswissenschaft (auch die ihrer Zeit) beschäftigen mußten, lagen ihnen fern.

Einseitig und deshalb unzureichend ist aber zweitens der Ausgang von erkenntnistheoretischen Voraussetzungen, selbst wenn diese unanfechtbar sein sollten — in den wenigsten Fällen sind sie es. Hier wird das wichtige Moment der Fruchtbarkeit, der Anwendbarkeit nicht in Rechnung gestellt. Namentlich gilt dieser Einwand gegenüber den Aprioristen¹¹⁾, etwa Stammler und M. Salomon, die sich den großen Meister Kant nicht inhaltlich, sondern methodisch zum Vorbild genommen haben, indem sie ihre Aufgabe darin erblickten, nach den Voraussetzungen unserer Erkenntnis in Dingen des Rechts zu fragen. Treffend ist gegen dieses an sich durchaus berechnete, aber einseitige Verfahren geltend gemacht worden, man könne unmöglich mit erkenntnistheoretischen Einsichten das rechtlich-soziale Leben beurteilen; es fehlt eben der Beurteilungs-, der Wertmaßstab, es fehlt von vornherein die Einstellung auf den Wert, auf das Verwerten, auf die Anwendung, die Fruchtbarmachung, die Einstellung auf die jeweiligen Problemlagen, auf die Problemlage überhaupt, auf die Bedürfnisse des Lebens und im besonderen auf die Bedürfnisse des rechtlich-sozialen Lebens. Insofern ist — so paradox es

¹⁰⁾ Daher ist leider, aber nicht ohne Grund, der umfangreiche Band über das „Recht“ in Wundts Völkerpsychologie von Juristen nahezu unbeachtet geblieben; vgl. jedoch Lobe in dem Leipziger Kommentar zum StGB. (Einl. VIII).

¹¹⁾ Auch gegenüber allen, die, wie Binding und Kelsen, vom Rechtsatz ausgehen.

1. Gegen die apriorische Methode wurde stets (auch auf anderen Gebieten, etwa der Natorpschen Sozialpädagogik) mit Recht der Einwand erhoben, daß sie den inhaltlichen Zwecken fremd gegenüberstehe; somit ist sie gerade entgegengesetzt dem von uns eingeschlagenen Wege, der auf „Fruchtbarkeit“ ausgeht.

2. Der innige Zusammenhang von Recht und sozialem (oft einseitig genannt: wirtschaftlichem) Leben ist von fast allen hervorragenden, eben weitblickenden, nicht nur einseitig auf ihr Fachgebiet eingestellten Juristen sowohl wie Soziologen (Volkswirten) betont worden. Der Prätor gab die actio für die konkreten wirtschaftlichen Vorgänge; Montesquieu wies auf die Abhängigkeit des Rechts von den gesellschaftlichen Verhältnissen hin; Savigny und Eichhorn betonten die innigen Beziehungen zwischen dem Recht und den jeweiligen kulturellen Grundlagen (ein Thema der historischen Rechtsschule!); Jhering orientierte

scheinen mag — das Recht von den Lebenserscheinungen abhängig, die es doch regeln und meistern soll. Der Meister muß sich eben auch nach den Schülern, der Herrscher auch nach den Unterworfenen richten. Wünsche und Befehle müssen auf geeigneten Boden fallen, sollen sie wirken. Daher der Ausgang nicht einseitig von oben, sondern auch von unten.

2. Einseitig wäre umgekehrt auch der alleinige Ausgang von unten, von den Problemen aus. Denn es können immer nur einige Probleme oder einige Problemgruppen in Augenschein genommen werden, nie alle. Man verliert alsdann den Blick für das Ganze, und es drohen jene Gefahren des Spezialistentums, von denen bereits am Eingang gesprochen wurde. Die meisten Probleme lassen sich widerspruchsfrei nur innerhalb des systematischen Ganzen lösen. Beschränkt man sich auf einen engeren Problemkreis, so wird das „System“ stets unvollständig und lückenhaft, wenn nicht gar widerspruchsvoll sein; und das Weltbild ist schief, die Lebensanschauung gleichsam nur auf einige Probleme zugeschnitten. Ein rechtsphilosophisches System wird nur ad hoc geschaffen — nicht unähnlich jenen monographischen Arbeiten von Anfängern, die eine „allgemeine Theorie“ aufstellen, welche allein auf ihren Fall zutrifft. Man kann unmöglich von einem juristischen Spezialfall aus den Rechtsbegriff ergründen; umgekehrt vermag man jenen nur dann, wenn man diesen kennt, befriedigend zu behandeln. Man achte einmal darauf, wie verschieden ein rechtsphilosophisches System aussieht, je nach dem „Fach“, das der Autor in der Jurisprudenz vertritt. Den rechtsphilosophischen Arbeiten von Ad. Merkel, Radbruch und

das Recht auf den Zweck und damit auf die sozialen Vorgänge, die zu regeln es berufen ist; Dernburgs Lehrbücher erfreuten sich ihres Ansehens nicht zuletzt wegen der unmittelbaren praktischen Einstellung der Rechtsprobleme (im Gegensatz zu Windscheids scharfsinniger Formalistik — im Strafrecht ein ähnlicher Gegensatz zwischen Ad. Merkel und v. Liszt einerseits, Binding andererseits!). Der materialistischen Geschichtsauffassung und der Theorie der Sozialdemokratie wird man wenigstens das Verdienst nicht absprechen können, auf die innigen Zusammenhänge von Recht und Wirtschaft erneut hingewiesen zu haben (vielleicht unter zu einseitiger Betonung der wirtschaftlichen Tatsachen). Formalismus ist in Dingen des (generalisierenden und schematisierenden) Rechts notwendig; aber von einem gewissen Grade an ist er schädlich und ungesund. Nicht selten beruht er übrigens auf einem gewissen Mangel an selbständigem Urteil und auf Bequemlichkeit; ist es doch leichter, dem Schema zu folgen, als selbstschöpferisch tätig zu sein. Ein Generalisieren wird nie den konkreten Verhältnissen ganz gerecht werden; es ist nicht nur eine logische Unwahrheit, eine Entstellung der Wirklichkeit, sondern auch eine ethische Lüge, eine Verleugnung der konkreten Gerechtigkeit.

M. E. Mayer merkt man deutlich an, daß ihre Schöpfer einst vom Strafrecht ausgingen; bei Stammler herrscht die privatrechtliche Einstellung vor (geringe Bedeutung des Staatsgedankens!), bei Kelsen die staatsrechtliche (trotz der auffallenden Vorliebe für gewisse privat- und strafrechtliche Fragen, die juristische Person einerseits, die Zurechnung andererseits), bei Niemeyer die völkerrechtliche; von den Prozessualisten ist zu schweigen, weil sich diese noch nicht zur Rechtsphilosophie erweitert haben (abgesehen etwa von Beling). Daß bei Binder trotz des privatrechtlichen Ursprungs der Standpunkt ein überindividueller ist, weist zugleich auf das gegenteilige, von einer philosophischen Grundansicht (bei Binder im wesentlichen Fichtesche und Hegelsche Lehren) ausgehende Verfahren.

Diese wenigen Andeutungen ergeben die Forderung: Beide Richtungen sind zu verbinden. Von unten ist im Hinblick auf das Ganze auszugehen; das Ganze muß aber in großen Zügen feststehen, so daß von hier die Linien zu allen einzelnen Punkten, die aus dem Leben auftauchen mögen, gezogen werden können. An den Einzelproblemen ist zu arbeiten; aber der große Hintergrund muß sich auftun. Bei dieser Doppelrichtung, die eine ausgezeichnete Ergänzung und Kontrolle bedeutet, wird zugleich zwei Gefahren vorgebeugt, die einmal der Philosophie, sodann den Einzelwissenschaften drohen. Die Philosophie wird vor Erstarrung, Verkapselung, Lebensfremdheit bewahrt; der Philosophie kommt es keineswegs nur auf „Vertiefung des wissenschaftlichen Denkens“ an, wie oft von den Einzelwissenschaftlern angenommen wird, sondern auch auf die Zufuhr neuen Materials aus dem Leben und von den Einzelwissenschaften. Andererseits wird die Einzelwissenschaft vor Technisierung und Mechanisierung bewahrt, die schließlich zum Banausentum führen; die stets auf das Universale gehende Philosophie leitet an zu einer wahrhaft kulturellen Durchbildung — der Einzelwissenschaft zum Kulturgut, des Forschers zur Kulturpersönlichkeit ¹²⁾.

¹²⁾ Der Ruf nach Synthese erschallt neuerdings nicht nur in Gelehrtenkreisen (vgl. das Vorwort zu meinen „Grundlagen der Wissenschaft“, 1926, mit Zitat von Wundts Logik), sondern auch besonders stark bei allen Trägern und Förderern von Kultur — begreiflich genug; denn Kultur ist Vereinigung und Durchdringung aller Werte, die Bestand haben. — Besonders ergeht der Ruf in Studentenkreisen; so wird auf dem jüngsten deutschen Studententag in Bonn (vgl. „Tag“ vom 4. August 1926) tief beklagt, daß die Hochschulbildung nicht mehr in der Lage ist, ein einheitliches Weltbild zu vermitteln, das einer großen Geschichtsepoche seinen Stempel aufdrückt, sondern daß die Universität — sehr im Widerspruch zu ihrem Namen —

III.

Nunmehr ergibt sich, welche Stellung zu den einzelnen sog. Richtungen in der Rechtsphilosophie einzunehmen ist. Sie sind fast alle an sich mehr oder weniger berechtigt; aber sie sind einseitig und daher unzureichend. Sie werfen nur auf ein begrenztes Gesichtsfeld Licht, gleich einem Scheinwerfer.

1. Die von unten aufsteigende, positivistisch angelegte sog. Allgemeine Rechtslehre (Bierling, Bergbohm, Merkel, Somlo) und erst recht ihr Spezialzweig, die sich mitunter als Rechtsphilosophie ausgebende sog. Allgemeine Staatslehre, werden nie zu einem vollständigen Weltbild, nicht einmal zu einem geschlossenen System des Rechts vordringen, wenigstens nicht aus eigener Kraft.

2. Das gleiche gilt von dem Rechtshistorismus (Jhering) und von der Rechtsvergleichung (Kohler); jener stellt eine zeitliche, diese eine räumliche Erweiterung der Allgemeinen Rechtslehre auf andere Rechtsordnungen dar und teilt daher mit ihr die gleichen Vorzüge wie Schattenseiten. Sie können immer nur Teile ergründen, nie das Ganze, ja nicht einmal das Wesen des Rechts. Daß sie dieses oft erfaßt haben, läßt auf ein zum mindesten unbewußtes Verfahren nach anderer Richtung hin schließen.

3. Zu den Scheinwerfer-Richtungen gehört aber auch die meist selbstsicher als „die“ Rechtsphilosophie auftretende Rechts-erkenntnistheorie. Ihr fehlt die oben geforderte Verbindung zum Leben und damit die Fruchtbarkeit; ihr Licht fällt nur auf den Anfang, nur auf die Voraussetzungen, nur auf die Einleitung, nur auf die Methodik, nur in den Vorhof der Rechtsphilosophie, allerdings in umso stärkerer Helligkeit, was dankbar anerkannt sei. Bezeichnend für die Unfruchtbarkeit und Lebensfremdheit jener Richtung ist, daß bei Stammler der (die Fruchtbarkeit

auseinandergefallen war in eine Reihe von Teilgebieten, zwischen denen die innere Verbindung fehlt. „Was in der deutschen Jugendbewegung, was in der ganzen Sehnsucht unserer Zeit zum Ausdruck kommt, hat auch die Gründer der Deutschen Studentenschaft im tiefsten bewegt: die Sehnsucht nach kultureller Einheit, nach Synthese! Hand in Hand mit dieser Sehnsucht gehen die Bestrebungen in der deutschen Studentenschaft, den einzelnen Menschen aus der Enge und Einseitigkeit seines Faches zu befreien und — unbeschadet einer tüchtigen Spezialausbildung — zu dem Manne heranzubilden, der Geschichte und Gegenwart in ihrer Gesamtheit begreift und für alle Lebenserscheinungen, nicht nur die seines Faches, Verständnis und Freude an der Mitarbeit aufbringt.“ Das ist echt philosophische Einstellung. Und nicht zu Unrecht hat man den deutschen Studenten in seinem Idealtyp als den Träger der Kultur bezeichnet.

gerade am sichersten anzeigende und gewährleistende) Begriff des Wertes so gut wie gar keine Verwendung findet, obwohl das Recht doch darauf ausgeht, angewendet zu werden, nämlich menschliche Lebensverhältnisse zu beurteilen, zu bewerten (in diesem Ziel, in dieser Aufgabe ist der Wertbegriff schon äußerlich enthalten). Die Folge ist, daß das Stammlersche System den juristischen Einzeldisziplinen ebenso interesselos gegenübersteht, wie umgekehrt diese jenem. Stammlers Gegner nennen es — undeutlich oder vieldeutig — „Formalismus“; in der Tat ist der Charakter der Stammlerschen Rechtsphilosophie als reiner Formen- und Kategorienlehre ein so ausgeprägter, wie er kaum noch übertroffen werden kann, weswegen die Lehre so geschlossen und stilsicher anmutet. Bei Kelsen ist die Verbindung zu den Einzeldisziplinen allerdings vorhanden und tritt nach außen sogar so stark hervor, daß der Name Rechtsphilosophie hinter dem der Einzeldisziplin verschwindet; dagegen ist hier der Gedanke der Fruchtbarkeit, der Zweckbetrachtung, des Wertes eher noch mehr zurückgedrängt als bei Stammler. Kelsen lehnt nicht nur die Rechtsteleologie, sondern sogar die Soziologie als Wissenschaft überhaupt ab, obwohl das Recht doch berufen ist, das soziale Leben zu regeln, und dieses wahrlich wichtig genug sein dürfte, um zum Gegenstand einer besonderen Wissenschaft gemacht zu werden. Bei diesem Autor ist der Scheinwerfer auf einen ganz engen Raum gerichtet.

4. Weiter dagegen ist die Rechtsmetaphysik eingestellt, wie sie etwa von Binder auf Fichtescher Grundlage ausgebaut ist; aber auch sie scheint mir nicht von Anfang auf Rechtsanwendung angelegt zu sein, wenigstens nicht in einem Maße, wie es wünschenswert ist, um die Rechtsphilosophie gegen den Vorwurf der Lebensabgekehrtheit zu sichern und sie den Juristen und insbesondere den Praktikern schmackhafter zu machen.

Das Ergebnis: Die Scheinwerfer-Richtungen sind an sich berechtigt, aber einseitig. Daher bekämpfen sie sich grundlos. Sie sind miteinander zu versöhnen, indem sie alle zu einer großen Einheit auszuweiten sind. Das Ganze ist zu umspannen. Wir sehen erneut: der Verständigungswille ist nicht wie in der Politik ein Zeichen von Schwäche, sondern setzt viel voraus: umfassender Blick, Zusammenschluß der Einzelrichtungen zu einem Ganzen.

IV.

In dem großen Gebiet, das wir als Rechtsphilosophie im weiteren Sinne bezeichnen dürfen, vielleicht ganz gut als „Rechts-

und Sozialphilosophie“, sind daher zwei verschiedene Methoden zu beobachten; die Methodenfrage ist hier nur in aller Kürze zu berühren:

1. **Normativ-wertend** verfährt die **engere Rechtsphilosophie**, und zwar sowohl die allgemeine Rechtslehre, jene Verlängerung der einzelnen Rechtsdisziplinen nach oben, als die Rechtserkenntnistheorie und die Rechtsmetaphysik. Sie alle haben Beurteilungsmaßstäbe für das soziale Leben zu liefern. Wie die spezielle Norm aus einem positiven Gesetzbuch, etwa der Diebstahlsparagraph, eine Gruppe von Fällen zu beurteilen hat, so übt die gleiche normative Funktion ein allgemeinerer Rechtssatz und ein noch allgemeinerer bis hinauf zu den allgemeinsten aus. Auch die Normen, die sich über dem Gebiete des Rechts erheben, allgemein soziale Normen, sind dazu berufen, in gleicher Weise das soziale Leben zu beurteilen; dieses Gebiet der sog. Sitte darf als die **engere Sozialphilosophie** (normative Gesellschaftslehre) bezeichnet werden.

2. **Beschreibenden** Charakter besitzt dagegen die Lehre, die das soziale Leben lediglich um seiner selbst willen ohne jegliche Beurteilung erforschen will. Es ist die beschreibende Gesellschaftslehre oder **Soziologie**. Hierher gehören die wichtigen Zweige, die Wirtschaftswissenschaften, die Statistik, die neuerdings erst entstandene Charakterologie, sodann die Geschichte. Gewiß hat sich die Rechtsphilosophie mit diesen ausgedehnten und weiterer Ausdehnung noch sehr fähigen Gebieten nicht so eingehend zu beschäftigen wie diese selbst; das wäre ein aussichtsloses Beginnen, das dem Zweck der Arbeitsteilung, der Steigerung der Intensität der Forschung, nicht entsprechen würde. Aber unsere Wissenschaft darf an den Ergebnissen jener nicht vorübergehen. Es versteht sich von selbst: will man das soziale Leben beurteilen, so muß man es zunächst kennen, man muß es erforschen, soweit es für seine Beurteilung erforderlich ist. Insofern hat sich die Rechtsphilosophie auch mit Soziologie zu beschäftigen. Für die Strafrechtswissenschaft sind jene soziologischen Zweige, die Kriminalstatistik, die Kriminalpsychologie usw. längst als unentbehrliche Hilfsmittel anerkannt.

Unsere Rechts- und Sozialphilosophie umfaßt daher das weite Gebiet von der allgemeinen Philosophie bis hinab zu der die Einzelheiten des sozialen Lebens beschreibenden Soziologie. Ihr spezifisches Merkmal liegt nur darin, daß der Schwerpunkt des Interesses, und daher auch der Forschung, auf dem Recht und dem von ihm

geregelten sozialen Leben liegt. Also einmal Ausdehnung, sodann doch wieder Begrenzung. So wird einerseits Vollständigkeit, Widerspruchsfreiheit, systematische Geschlossenheit, Universalität erreicht — alles Eigenschaften, die der Philosophie eigentümlich sind, und damit wird die Rechts- und Sozialphilosophie als philosophische Disziplin begründet —; andererseits wird durch Verlegung des Schwergewichts auf das Recht und das rechtlich-soziale Leben Uferlosigkeit, Dilettantismus, Oberflächlichkeit vermieden und exakte, beinahe spezialistische Forschung gewährleistet. Dem Juristen wird die Rechtsphilosophie als unentbehrliche Grundlage seiner Wissenschaft mundgerecht gemacht; dem Philosophen wird eine genau ausgebaute Disziplin für sein Gesamtsystem als dessen unentbehrlicher Bestandteil dargeboten.

V.

Nunmehr wird sich auch eine ungefähre Übereinstimmung über den wesentlichsten Inhalt der Rechts- und Sozialphilosophie über ihre Ziele und Problemlagen erreichen lassen. Man wird zu unterscheiden haben zwischen unserer eigentlichen Rechts- und Sozialphilosophie und deren Hilfswissenschaften.

1. Rechts- und Sozialphilosophie.

a) In der Mitte steht die allgemeine Rechtslehre. Der Positivismus ist erkenntniskritisch zu fundieren. Also Ablehnung eines rein induktiven Empirismus. Jede Einzeldisziplin liefert aber ihre Hauptprobleme, die sie in unerschöpflicher Fülle aus dem sich unaufhörlich wandelnden Leben empfängt, und bietet sie der Rechtsphilosophie zur Lösung dar. Nur einige wenige Beispiele: Staat, Zwang im Völkerrecht, Strafzweck, juristische Person, Rechtskraft. Es versteht sich von selbst, daß die obersten Fragen, namentlich soweit sie mehreren Einzeldisziplinen angehören wie Recht, Staat, Gesetz, Rechtskraft, nicht mehr von der Einzeldisziplin als solcher, sondern nur von der Rechtsphilosophie in allgemeingültiger Weise gelöst werden können (natürlich auch von dem Vertreter der Einzeldisziplin, aber nur bei rechtsphilosophischer Einstellung)¹³⁾.

¹³⁾ Die Zeiten sind, wie wir hoffen, vorüber, wo E. Seckel in seinem Nachruf auf K. Hellwig (DJZ. 1913, 1181—1183; Berliner Akadem. Nachr. VIII Nr. 5, 1913, 53—61) sagte: „Von der Rechtsphilosophie unserer Tage fühlte Hellwig sich nicht angezogen, was ihm viele Fachgenossen nachfühlen werden.“ — Skeptisch äußert sich neuerdings v. Hippel, Deutsches Strafrecht I (1925) S. 353; er meint, die rechtsphilosophische Arbeit, wie sie auch im Strafrecht hervortrete (er nennt

b) Nach unten hat sich die Rechtsphilosophie bis zum sozialen Leben zu erstrecken. Sie reicht in das Gebiet der Soziologie hinein; sie erforscht wie jene das soziale Leben, im Gegensatz zu ihr aber nur insoweit, als es für die rechtliche Beurteilung von Wichtigkeit ist, und sodann, wie schon gesagt, dergestalt, daß der Schwerpunkt auf den Rechtsnormen, nicht auf dem Leben ruht. Aber es leuchtet ein, daß die Rechtsnormen, an sich starr und unbeweglich, in Einklang mit dem ewig wechselnden Leben und seinen Bedürfnissen erhalten werden müssen. Diese Aufgabe erfüllt die Rechtsphilosophie. Die Rechtsprobleme sind einzulenken auf das soziale Leben. Die Soziologie ist nicht Rechtsphilosophie; aber sie ist von der Rechtsphilosophie insoweit zu betreiben, als ihr Gebiet vom Recht bestrahlt wird. Sämtliche Rechtsprobleme sind zu verstehen nur im Hinblick auf das soziale Leben und seine Bedürfnisse, wie sie dem jungen Juristen nur durch Beispiele aus dem sozialen Leben, nicht durch die scharfsinnigste logische Auslegung verständlich zu machen sind. Rechtswissenschaft und Soziologie berühren einander nur durch das Bindemittel der Rechtsphilosophie. Hat man nicht oft beobachtet, daß der Jurist und der Soziologe einander fremd und teilnahmslos gegenüberstehen? Und hat man nicht wiederholt beklagt, daß der Jurist zu wenig soziologische Kenntnisse besitzt, und der Soziologe zu wenig juristische? Die Rechtsphilosophie vermag bindend, versöhnend, befruchtend zu wirken. Daher sollte sie von dem Juristen nicht als „Nebenfach“ behandelt werden. Die Soziologie aber wird in ihrer Erweiterung durch die Rechtsphilosophie sogar zu einer neuen Disziplin: der (normativen) Sozialphilosophie; diese bedeutet den normativen Überbau über der (beschreibenden) Soziologie. So liefert die Rechtsphilosophie sowohl der Rechtswissenschaft wie der Soziologie ihren letzten Sinn, ihre oberste Aufgabe. Ihre Fruchtbarkeit ist dargetan.

c) Nach oben endlich hat sich die Rechtsphilosophie zur Sozialphilosophie zu erweitern, letzthin zur Kultur-

Radbruch, mich und M.E. Mayer), könne zwar unsere allgemeine Einsicht in zahlreiche Zusammenhänge fördern; ihre Gefahr liege aber in der Entstehung von Leistungen von mehr subjektivem als objektivem Wert; von der Vermeidung dieser Gefahr werde der bleibende Wert dieser Arbeitsrichtung in der Zukunft abhängen. Die gleiche Gefahr droht m.E. aber jeder einzelwissenschaftlichen Arbeit — vielleicht sogar eine höhere Gefahr wegen der Einstellung auf engeres Arbeitsgebiet und der damit notwendig verbundenen Einseitigkeit und Befangenheit des Blickes.

philosophie. Dort findet sie ihre obersten Richtziele vor, und nur im Rahmen dieses Ganzen sind die letzten Fragen der Rechtsphilosophie und erst gar der Rechtswissenschaft zu beantworten, wie die Fragen nach dem Zweck des Rechts und der Rechtsfertigung des Staates. Die sog. Staatstheorien lassen sich auf dem engen Gebiet des Staatsrechts gewiß nicht begründen, die zahlreichen an sie anknüpfenden Streitigkeiten auf diesem begrenzten Felde nicht austragen. Das Wesen des Rechts ist nur in dem großen Rahmen einer Sozial- und Kulturphilosophie zu bestimmen, und nur eine solche Bestimmung ist gegen die Angriffe gesichert, die von außen erhoben werden können; der Jurist vermag sie nicht von seinen Einzelheiten aus, die ja den Rechtsbegriff voraussetzen und die dem Rechtsbegriff untergeordnet sind, mit Aussicht auf Erfolg abzuschlagen. Nur auf diesem weiten philosophischen Gebiete läßt sich das Recht von der Moral und der Sitte abgrenzen; denn Moral und Sitte sind selbst nur auf diesem weiteren Gebiete, sicher doch nicht auf juristischem zu bestimmen. Auch das Wesen der Gerechtigkeit findet nur im Rahmen der Sozialphilosophie seine Erklärung; der Jurist steht diesem hohen, doch auch für ihn geltenden Ziel ratlos gegenüber. Die Gerechtigkeit bedeutet die Übereinstimmung aller menschlichen Wertstrebungen zu einem harmonischen Ganzen. Diese Harmonie versöhnt alle Menschen; sie ist es auch, die allein jenes vielbeklagte Mißtrauen der Staatsbürger gegen die Rechtspflege wahrhaft und nachhaltig zu beseitigen vermag. Denn es ist zwingende Logik: Wenn die Menschen sich in ihren Werttendenzen selbst zu einem großen harmonischen Ganzen vereinigen, kann es keinen Streit mehr geben. Damit gewinnt auch die Völkerbundpolitik ihren obersten Orientierungspunkt. Und sämtliche Gesetzgebungsfragen finden ihre wissenschaftliche Vertiefung. Über diese letzte, meist nicht beachtete und doch gerade für unsere Vereinigung besonders wichtige Frage seien mir noch einige wenige Worte gestattet. Die anderen nicht minder wichtigen Punkte zu erörtern, muß ich mir leider versagen.

Die Gesetzgebungspolitik ist ein Unterfall der Sozialpolitik, und diese ist nichts weiter als eine technisch ausgestaltete Sozialphilosophie. Die Sozialphilosophie lehrt die allgemeingültigen Endzwecke des rechtlich sozialen Lebens; die Sozialpolitik und speziell die Rechtspolitik lehren die erreichbaren Nahziele und die tauglichen Mittel dazu. Das

sind m. E. noch längst nicht erkannte große Zusammenhänge¹⁴⁾. Besteht doch das Wesen der Politik in der Aufzeigung konkreter, erreichbarer Ziele und der geeignetsten Mittel. Ein zu fernes und abstraktes Ziel, wie es die Sozialphilosophie aufstellt, kommt für die Politik nicht in Betracht; denn über ein solches wäre Verständigung und Anerkennung, wie sie doch für eine erfolgreiche Politik erforderlich sind, nicht zu erreichen. Das politisch erhebliche Nahziel muß ein konkretes Erlebnis darstellen, das von anderen nacherlebt und gebilligt wird; sonst würde Gleichgültigkeit bestehen, und der Akt der Politik könnte auf Erfolg nicht rechnen. Hierin scheint mir die wissenschaftliche Erklärung der Politik zu bestehen. Erklärung ist aber noch nicht Rechtfertigung. Diese liegt eben in der Orientierung auf die Sozialphilosophie, die doch allein das allgemeingültige Ziel aufzuzeigen vermag, mag es auch in weiter Ferne gelegen und unerreichbar sein. Das politisch erhebliche, weil erreichbare Nahziel ist gerechtfertigt, wenn es in der Richtung auf die sozialphilosophisch begründeten und daher allgemeingültigen Fernziele liegt. Es ist nicht gerechtfertigt, wenn es abseits von diesem Wege liegt, wenn es jenen allgemeingültigen Zielen zuwiderläuft. Berechtigt ist es, wenn es vor der soeben beschriebenen Gerechtigkeit standhält, wenn es sich selbst harmonisch in sämtliche andere menschliche Wertstrebungen einfügt. Nicht berechtigt ist es, wenn es in dieser Harmonie Mißklang und Streit hervorruft.

Die Rechts- und Sozialphilosophie sollte daher als eine Sammelstätte für gesetzgeberische Erfahrungen angesehen und ausgebaut werden. Die Errichtung einer solchen Zentralstelle bedeutet den Gipfel jener zu fordernden Fruchtbarkeit. In der Rechtsphilosophie sind die gesetzgeberischen und Forschungsergebnisse für alle Zeiten niederzulegen. So wird verhütet, daß die bei einer Gesetzesreform gemachten Erfahrungen nach dem Erlaß des Gesetzes für andere gesetzliche Materien verloren gehen. Sie werden in der Überlieferung bei den gesetzgebenden Körperschaften und Zentralbehörden kaum eine Generation überdauern. Und dann bedenke man, daß bei der hochgradigen Spezialisierung unserer gesetzgeberischen Arbeiten die Fachleute der einen Gruppe kaum Kenntnis von den

¹⁴⁾ Der 4. deutsche Soziologentag hat das Wesen der Sozialpolitik (dies ein Hauptthema der Verhandlungen!) nicht bestimmen können. Hierzu meine Bespr. in diesem Band S. 136. Neuerdings R. Wilbrandt, Zur systematischen Begründung der Sozialpolitik, in Kölner Sozialpolitischer Vierteljahrsschrift 5, 1926, S. 5—34.

Erfahrungen einer anderen nehmen werden. Selbst so benachbarte Materien wie Zivil- und Strafrecht werden gesetzgeberisch von durchaus verschiedenen Persönlichkeiten bearbeitet. Was man bei der Prozeßreform gelernt hat, geht verloren etwa für die Strafrechtsform; denn ist erst das Prozeßgesetz erlassen, so interessiert nur das fertige Werk, das Gesetz und seine Auslegung, und man hat die Schwierigkeiten vergessen, die man bei seiner Schöpfung zu überwinden hatte. Hier kann die Rechtsphilosophie sich wahrhaft nützlich erweisen. Sie hat sofort die bei einer Gesetzesreform gemachten Erfahrungen auf andere Materien zu übertragen, sofort an der Hand jener Erfahrungen die Reformbedürftigkeit anderer Rechtsinstitute zu untersuchen. Die gesetzgeberischen Fragen ruhen nie. Die Rechtsphilosophie hat sie unaufhörlich zu erörtern, auch wenn keine Behörde sie praktisch bearbeitet. Die gleiche Aufgabe fällt allerdings, und zwar vornehmlich, den wissenschaftlichen Vertretern der juristischen Spezialfächer zu; aber selten ist der Vertreter des einen Faches auch auf einem Nachbargebiet interessiert und bewandert. In der Rechtsphilosophie laufen die Fäden aus den Einzelgebieten zusammen. Durch Vergleichung und Beobachtung kann sie ungemein nützliche Vorarbeit für die Einzelwissenschaften und sodann für Reformwerke leisten. Das für die Philosophen geprägte Wort Paulsens, von ihnen gingen die wertvollsten Anregungen aus, trifft in bescheidenen Grenzen vielleicht auch auf die Rechtsphilosophen zu. Jedenfalls sollte das Gebiet der Rechtsphilosophie derart abgesteckt werden, daß es auch diese außerordentlich wichtige Aufgabe umfaßt; denn sonst bliebe dieser Kreis von der Wissenschaft unberührt, und die Wissenschaft soll sich doch mit allen wichtigen Kulturfragen beschäftigen, will sie nicht als kulturell rückständig erscheinen. Hier winkt der Rechtsphilosophie die Möglichkeit, eine segensreiche Tätigkeit zu entfalten. In der Theorie: Inwieweit ist eine Materie gesetzgeberisch fruchtbar für eine andere? Und in der Praxis: Welche sachverständige Gutachten hat sie an Gesetzeskommissionen und Behörden zu erstatten?

Mit diesen Strichen ist das Gebiet der Rechts- und Sozialphilosophie umschrieben.

2. Hilfswissenschaften.

Diese bieten gegenüber dem bereits weit genug gefaßten Gebiet der Rechts- und Sozialphilosophie kein neues Gebiet, sondern erscheinen in ihrer Eigenschaft als „Hilfswissenschaften“ nur als besondere Zweige unserer Disziplin unter eigenartigem

Gesichtswinkel und mit besonderer Methode. Gerade deswegen leisten sie der Rechts- und Sozialphilosophie wertvolle Dienste. In diesen Kreis gehören insbesondere (die Aufzählung ist selbstverständlich keine vollständige): a) Die Geschichte (nicht nur des Rechts, sondern auch der Rechtswissenschaft, der Rechtsphilosophie und der anderen oben erwähnten Disziplinen). b) Die sog. vergleichenden Wissenschaften, d. h. solche, die die wissenschaftlichen Objekte (Recht, soziales Leben, Wirtschaft) verschiedener Völker miteinander vergleichen; die Rechtsvergleichung tritt mitunter mit dem mißverständlichen Namen eines internationalen Rechts auf, mit dem auch das Völkerrecht belegt wird. c) Die Statistik; sie betrifft gewisse besonders wichtige und einer statistischen Erfassung leicht zugängliche Erscheinungen des rechtlich sozialen Lebens (Wirtschafts-, Kriminal-, Konkursstatistik). d) Die Anthropologie i. w. S. In diese Gruppe gehören die Psychologie (Kriminalpsychologie), die von ihr verschiedene (die Gesamtpersönlichkeit erfassende) Charakterologie, die Ethnologie (Völkerpsychologie).

Diese kurze Zusammenstellung der einzelnen Zweige läßt erkennen, daß sie sich mit denselben Gegenständen (oder Teilen von ihnen) wie die Rechts- und Sozialphilosophie beschäftigen, von ihr aber wissenschaftstheoretisch durchaus verschieden, gleichwohl geeignet sind, ihre Forschung zu ergänzen und anzuregen. Wir nennen sie daher Hilfswissenschaften der Rechts- und Sozialphilosophie. Irreführend ist also die gelegentlich vorkommende Bezeichnung der Rechtsvergleichung als Rechtsphilosophie.

VI.

Forderungen.

1. Ausbildung der Rechtsphilosophen.

Die Rechtsphilosophie ist ein derart weitschichtiges Gebiet, wie wir sahen, daß es von einem einzigen Forscher kaum nach allen Richtungen hin beherrscht werden kann. Um so verfehelter ist es, unsere Disziplin als Nebenfach bald der Rechtswissenschaft, bald der Soziologie, bald der Philosophie aufzufassen und dementsprechend zu betreiben. Wir müssen höhere Anforderungen stellen. Um uns jedoch innerhalb des Erreichbaren zu halten, weil sonst wissenschaftliche Exaktheit nicht gewährleistet wird, glauben wir aus praktischen Gründen folgende Mindestforderung stellen zu sollen. Der leitende Gesichtspunkt ist auch

hier wieder die Fruchtbarmachung der wissenschaftlichen Forschung. In dieser Hinsicht dürften erforderlich sein:

a) Juristische Kenntnisse. Zu fordern ist die Beherrschung mindestens zweier juristischer Fächer samt der Literatur, und zwar zweier Fächer mit verschiedenem literarischem Apparat und verschiedener Denkweise. Mehr als zwei Fächer dürften meist, von Ausnahmefällen abgesehen, außerhalb des Bereichs des Möglichen liegen. Für die anderen Fächer genügt, sie in den Grundzügen und Tendenzen zu kennen, also ohne Beherrschung der gesamten Literatur. Aber zwei methodisch und literarisch getrennte Fächer sollte man „exakt“ beherrschen; alsdann wird die Rechtsphilosophie selbst modern, exakt, empirisch aufgebaut; sie bleibt gegen Angriffe seitens der Einzelwissenschaften gesichert. Ein einziges Fach dürfte nicht genügen; sonst läuft die Rechtsphilosophie Gefahr, einseitig kriminalistisch oder einseitig staatsrechtlich oder einseitig privatrechtlich aufgezo- gen zu werden, und es treten die unerfreulichen, oben (II 2) erwähnten Folgen einseitiger rechtsphilosophischer Systeme ein, denen man den einstigen Ausgang des Forschers von einem bestimmten juristischen Fach nur zu deutlich anmerkt, Systeme, die von anderen Forschern mit anderem Ausgangspunkt notwendig abgelehnt werden müssen. Wir fordern zwei Gebiete mit verschiedener Arbeits- und Denkweise. Nicht ausreichend ist also die Verbindung Strafrecht und Strafprozeß, auch nicht Privatrecht und Zivilprozeß, auch nicht Staats- und Verwaltungs- oder Völkerrecht. Wohl aber erscheinen günstig die Paarungen Zivilprozeß und Strafrecht, Staatsrecht und Privatrecht, Strafrecht und Völkerrecht. Dies nur wenige Beispiele. Die verschiedensten Kombinationen sind denkbar. So wird ein Kompromiß geschlossen zwischen zwei schwer miteinander vereinbaren wissenschaftlichen Forderungen: Exaktheit (mit Kenntnis der literarischen Erscheinungen und des jeweiligen Standes der Forschung) und Vermeidung der Einseitigkeit, universal und damit philosophischer Zug, Überblick über das Ganze.

b) Soziologische Kenntnisse.

c) Philosophische Kenntnisse.

Zu b und c: In soziologischer und in philosophischer Hinsicht erscheint mir notwendig, daß der Rechtsphilosoph mindestens zwei dogmengeschichtlich-literarische Richtungen beherrscht, die verschiedene Tendenzen verfolgen und mit verschiedenem literarischem Apparat arbeiten. Die Gründe sind die gleichen wie die oben zu a genannten. Mehr als zwei wird man auch hier nicht verlangen dürfen. Man bedenke, daß der Rechts-

philosoph im ganzen (zu a bis c) über nicht weniger als sechs grundverschiedene Gedankenkreise orientiert sein muß. Eine stärkere Belastung darf man einem Forscher, dessen Ziel doch auf neue Ergebnisse, womöglich auf eine eigene „Richtung“ gehen muß, kaum zumuten, zumal wenn man bedenkt, daß von den (jene Zweizahl übersteigenden) sonstigen Richtungen ihm (wie zu a) die Grundzüge und Tendenzen bekannt sein müssen. Es werden also schon hohe und höchste Anforderungen gestellt. Aber sie scheinen mir erforderlich. Namentlich erscheint mir das zuletzt erwähnte Erfordernis, die literargeschichtliche Beherrschung mindestens zweier unter sich verschiedener soziologischer und philosophischer Richtungen geboten, soll die gerade in diesen Kreisen wuchernde Befangenheit in einer engen Clique, der einseitige Blick nur im Bannkreis der eigenen Schule, die Verständnislosigkeit für andere Anschauungskreise überwunden werden. Um nur einige Kombinationsmöglichkeiten zu nennen: In der Soziologie empfiehlt sich etwa die Verbindung der formallogischen mit einer materialen (sei es geschichtsphilosophischen, sei es kulturphilosophischen) Richtung; in der Philosophie die Verbindung einer erkenntnistheoretischen Richtung mit einer empirischen oder psychologischen oder phänomenologischen Richtung, oder die Verbindung einer der soeben genannten Richtungen mit einer metaphysischen. Selbstverständlich bedeutet diese unsere Forderung der Kenntnis nicht, daß die Verbindung auch in der eigenen Richtung zum Ausdruck gelangt. Die eigene Anschauung soll ein in sich geschlossenes System, widerspruchsfrei und stilrein, darstellen und verträgt keine Kompromisse zwischen auseinanderstrebenden Richtungen; die Folge wäre ein unheilvoller Eklektizismus. Aber auf dem Forschungswege dorthin liegt die Einfühlung in fremde Gedankenkreise zum Zweck strenger objektiver Selbstkritik. Enthält nicht die Aufstellung eines eigenen Systems zugleich eine Billigung und Ablehnung anderer Meinungen, auch wenn sie nicht ausdrücklich genannt werden? Und will man etwa fremde Ansichten ablehnen, ohne sie zu kennen? Das wäre wissenschaftliche Gewissenslosigkeit.

2. Ausbildung der Juristen.

Für sie ist zu fordern: Die Rechts- und Sozialphilosophie ist als selbständiges Lehr- und möglichst auch Prüfungsfach anzuerkennen.

3. Ausbildung der Soziologen und Philosophen.

Hier steht mir ein Vorschlag nicht zu; ich halte mich für nicht zuständig. Jedoch scheint mir eine ähnliche Bestimmung wie die zu 2 erwägenswert.

VII.

Organisation.

Angesichts des unermesslichen Gebietes, das die Rechts- und Sozialphilosophie einnimmt, und angesichts der hohen Anforderungen, die wir an die Ausbildung der Rechtsphilosophen stellen müssen, erscheint eine Organisierung der Forschung um so mehr geboten. Die Arbeitsteilung erhöht die Eindringlichkeit der Arbeit und steigert den Wert der Leistung.

So möchte ich am Schluß meines heutigen Vortrages zur Bildung von Arbeitsgemeinschaften innerhalb unserer Vereinigung und unseres Archivs aufrufen. Es ist dies die letzte, zwingende, praktischste Folge des Themas: Fruchtbarkeit der Rechtsphilosophie. — Ich denke mir drei Hauptgruppen mit je drei Untergruppen; nötigenfalls sind weitere Teilgruppen zu bilden.

1. Juristische Gruppe: a) Privatrechtliche Sektion. b) Straf- und prozeßrechtliche Sektion. c) Öffentlich-rechtliche Sektion; speziell Sektionen für internationales und für Arbeitsrecht.
2. Soziologische Gruppe: a) Formale (logische) Sektion. b) Materiale (geschichts-, kulturphilosophische, ethnologische) Sektion. c) Praktische („Angewandte“) Sektion, speziell Sektionen für Rechtssoziologie, für Wirtschaftssoziologie.
3. Philosophische Gruppe: a) Erkenntnistheoretische und metaphysische Sektion. b) Kultur- und sozialphilosophische Sektion. c) Psychologische Sektion.

VIII.

Programm.

Das Ergebnis unserer Betrachtung über die Fruchtbarkeit der Rechtsphilosophie läßt sich in folgenden Leitsätzen zusammenfassen. Ich möchte mir erlauben, es als „Berliner Programm“ zu bezeichnen.

1. a) Die Wissenschaft ist von vornherein als fruchtbar für das Leben zu begreifen und dementsprechend auszugestalten. Sie ist anzuwendende Wissenschaft.

b) Ganz besonders gilt dies für die Rechtsphilosophie. Die Rechtsphilosophie soll für die Rechtswissenschaft den Grund legen; die Rechtsphilosophie soll daher fruchtbar werden für die Rechtswissenschaft und somit mittelbar für das Leben.

c) Grundbegriffe für die Philosophie (allgemeine Wissenschaftslehre) und speziell für die Rechtsphilosophie sind daher der Wert und das Verwerten.

2. Die Rechtsphilosophie hat sich zu erstrecken nach unten auf das durch das Recht zu wertende soziale Leben, nach oben (umgekehrt) auf die das Recht wertenden sozialen Gesetzmäßigkeiten. Dort Soziologie, hier Sozialphilosophie.

3. In diesem Rahmen sind durch die Rechtsphilosophie zu erforschen das rechtlich-soziale Leben, der Sinn der Rechtsnormen, die Gesichtspunkte für ihre fruchtbare Weiterbildung.

4. In der Methode, nicht aber in dem Untersuchungsgegenstände sind zu unterscheiden: beschreibende Soziologie und normativ-kritische Rechts- und Sozialphilosophie. Empirisch-konkrete Erscheinungsformen der letzteren sind die Rechts- und Sozialpolitik.

5. P r a x i s: Die Rechtsphilosophie (möglichst ein Institut für Rechtsphilosophie) hat die für einzelne Rechtsmaterien gewonnenen gesetzgeberischen Erfahrungen zu sammeln und für andere Materien fruchtbar zu machen, mindestens bereitzuhalten. Insofern hat sie unablässig reformierend zu arbeiten. Und insofern beschäftigt sie sich vor allem mit den aktuellen Gegenwarts- und Zukunftsfragen. Im Augenblick hat sie insbesondere dem internationalen Recht, dem Arbeits-, dem Wirtschaftsrecht, den vorliegenden Reformwerken (Straf- und Prozeßrecht) erhöhtes Interesse entgegenzubringen.

6. Die Rechtsphilosophie ist als selbständiges Lehr- und möglichst auch Prüfungsfach anzuerkennen (für Juristen, nach Möglichkeit auch für Soziologen und Philosophen).

Einige Zweifelsfragen im Revisionsverfahren vor dem Reichsgericht.

Von

Senatspräsident Dr. Lobe, Leipzig.

I.

Die Beziehungen des RG. zum Reichsjustizministerium als selbständigem Teil der Reichsregierung nach RV. Art. 56 sind die denkbar besten, weil losesten. Seine Richter, Präsidenten wie Räte werden nach GVG. § 125 auf Vorschlag des Reichsrats vom Reichspräsidenten ernannt. Dem Reichsrat werden die Kandidaten aber in der Regel von den Regierungen der einzelnen Länder benannt, wobei sich allerdings die Übung herausgebildet hat, daß die Präsidenten vom Ministerium dem Reichsrat empfohlen werden. Aber dies bindet den Reichsrat in keiner Weise. Auf die Gestaltung des RG. hat das JM. nach GVG. § 130 nur insoweit Einfluß, als die Zahl der Zivil- und Strafsenate vom Reichsminister der Justiz bestimmt werden. Die Vorschrift der RV. Art. 104 Abs. 3, die unter Umständen eine Versetzung des Richters auch gegen seinen Willen ermöglicht, gilt nur für die Landesjustizverwaltungen, nicht für das Reichsgericht. Eine vorläufige oder dauernde Enthebung vom Amt kann nur durch Plenarbeschluß des RG. in den in dem GVG. vorgesehenen Fällen erfolgen, und zwar ohne jede Anregung oder Mitwirkung des JM. Dieses ist auch nicht die vorgesetzte Behörde des RG. oder gar Disziplinarbehörde seiner Richter. Einzig und allein darin zeigt sich eine gewisse Überordnung, daß es für einen Urlaub von länger als vier Wochen außerhalb der Gerichtsferien der Genehmigung des JM. bedarf. Innerhalb der Ferien bestimmt das Präsidium des RG. selbst die Freiheit von der Dienstleistung. Die Beziehungen des RJM. zum RG. erschöpfen sich also letzten Endes in dem Interesse, das für beide in einer guten Gesetzgebung besteht. Dabei wird das JM. in der Vorbereitung des Gesetzentwurfs, das RG. in der schließlichen Auslegung des Gesetzes tätig. Ein Zeichen dieser Verbindung ist die Möglichkeit, daß das JM. bei Vorbereitung des Gesetzentwurfs das RG. um ein Gutachten ersuchen kann. Hiervon könnte zum Vorteil der Sache freilich weit öfter Gebrauch gemacht werden.

II.

Die Tätigkeit des RG. und die Stellung des Gerichts wird ausschließlich durch das GVG. und die StPO. geregelt, der Geschäftsgang außerdem durch eine Geschäftsordnung, die das Plenum auszuarbeiten und dem Reichsrat — also nicht dem JM. — zur Bestätigung vorzulegen hat.

Diese Regelung enthält aber erhebliche Lücken; andererseits regelt auch die Geschäftsordnung über ihre Befugnis hinaus ein Verfahren, das von Rechts wegen der Prozeßordnung zukommt. Es ist deshalb in der künftigen StPO., die bei Einführung des neuen StGB. erlassen werden wird, eine Ergänzung des Gesetzes geboten. Da für diese Gesetzesvorlage das JM. „federführend“ sein wird, möge es gestattet sein, sein Augenmerk auf diese Lücken zu lenken.

1. Nach GVG. § 196 erfolgen die Entscheidungen, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt, nach der absoluten Mehrheit der Stimmen. „Ein anderes“ wird aber in StPO. § 263 bestimmt, wonach zu einer jeden, dem Angeklagten nachteiligen Entscheidung, welche die Schuldfrage oder die Bemessung der Strafe betrifft, eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen erforderlich ist. Dem bloßen Wortlaut nach bezieht sich diese Vorschrift allerdings auch auf die Entscheidungen von Strafsachen im Revisionsverfahren, und v. Beling verlangt daher unter scharfsinniger Begründung in seinem Aufsatz „Rechtsfragen und revisionsinstanzliche Abstimmung im Strafprozeß“ (Goldt. Arch. 67, S. 141ff.) diese Zweidrittelmehrheit. So auch Binding, Strafrechtliche Abhandlungen II S. 145—152. Die überwiegende Meinung verneint dagegen die Anwendung der Vorschrift auf das Revisionsverfahren (vgl. Kern, Ztschr. St. W. 41, 295; v. Kries, Lehrb. 451 u. a.), und das RG. selbst entscheidet in ständiger Übung nur nach der absoluten Mehrheit.

Es ist Beling zuzugeben, daß das Revisionsgericht keineswegs nur über die Rechtsfrage entscheidet und daß dieser Grund die gegenteilige Meinung nicht trägt. So nimmt es schon bei Prozeßrügen auch eine tatsächliche Würdigung vor und im Falle der StPO. § 354 Abs. 1 sogar eine Festsetzung der Strafe. Gleichwohl muß die vom RG. gepflogene Übung für richtig angesehen werden, weil sich die Vorschrift des § 263 StPO. von vornherein nicht auf das Revisionsverfahren beim Reichsgericht beziehen will. StPO. § 263 hat seinen Platz inmitten von gesetzlichen Vorschriften im zweiten Buch, das zunächst nur das Verfahren in erster Instanz betrifft. In StPO. § 332 ist dann dessen entsprechende Anwendung auch auf das Berufungs-

verfahren vorgeschrieben, eine gleiche Ausdehnung auf das Revisionsverfahren kennt das Gesetz aber nicht. Er gilt somit nur für die Urteilsfindung des Tatrichters. Die Ansicht Belings ist auch innerlich nicht berechtigt. Den Grund für die Vorschrift bildet der Grundsatz „in dubio pro reo“. Obwohl dieser sich zunächst nur auf die Beweiswürdigung und tatsächliche Feststellung sowie die Strafzumessung bezieht, ist zuzugeben, daß er auch auf die rechtliche Subsumtion angewendet werden kann. Eingeführt wurde die Zweidrittelmehrheit als Ausgleich für die weitergehende Forderung der Einstimmigkeit, wie sie in einigen Ländern bestand (Braunschweig, Oldenburg) und die in den meisten Ländern bestehende absolute Majorität. Aus dem Bericht der Kommission (Hahn S. 1586) ergibt sich aber, daß auch hier lediglich an die Geschworenen, Schöffengerichte und die Strafkammern gedacht wurde, also an die Tatrichter. Diese tatsächliche Feststellung kommt aber im Revisionsverfahren nicht in Frage. Gewiß ist es richtig, wenn Beling sagt, die Rechtsfrage als solche sei auch in der Revision nicht alleiniger Entscheidungsgegenstand, sondern Teil eines Syllogismus, die Frage sei zu entscheiden, ob das Urteil aufgehoben werden solle oder bestehen bleibe, und damit werde ebenfalls über das Wohl und Wehe des Angeklagten entschieden, der für sich auch hier die Regel des in dubio beanspruchen dürfe. Dabei wird aber die über die Entscheidung des einzelnen Straffalles hinausgehende Wirkung des reichsgerichtlichen Urteils nicht ausreichend gewürdigt, und eben um dieser weiteren Wirkung willen ist es unmöglich, von der absoluten Mehrheit abzusehen und die Meinung der Minderheit über die Rechtsfrage ausschlaggebend sein zu lassen. Das ginge an, wenn es sich eben nur um das „Wohl und Wehe des Angeklagten“ handelte. Mit dem Revisionsurteil wird aber eine bindende Regel für die Gesetzesauslegung über den Einzelfall hinaus geschaffen, die im Interesse der Reichseinheit solange gilt, bis sie entweder vom erkennenden Senat selbst aufgegeben ist oder durch einen Beschluß der vereinigten Senate oder des Plenums außer Kraft gesetzt wird. Sind auch die Untergerichte rechtlich nicht an die Entscheidung gebunden, so sind es doch die übrigen Senate des Reichsgerichts, und das hat natürlich die Wirkung, daß damit auch die Rechtsprechung der Untergerichte von selbst in dieselben Bahnen gelenkt wird. Diese Einheitlichkeit der Rechtsprechung aller Gerichte herbeizuführen ist die besondere Aufgabe des Reichsgerichts.

Nicht bloß, um dem Angeklagten eine, jetzt dritte Instanz zu geben, sondern um durch die Entscheidung des Einzelfalles eine einheitliche Auslegung des Gesetzes zu sichern, hat man ein Reichsgericht gegründet. Dieser Zweck aber erheischt notwendig, daß die Rechtsauffassung zur Geltung gelangt, die die absolute Mehrheit des Senats, durch den das RG. spricht, hat, nicht kann hier die Minderheit entscheiden. Für den Grundsatz in dubio pro reo ist bei diesem Zwecke der Rechtsprechung kein Raum. Deren Auffassung ist vielleicht im vorliegenden Falle dem Angeklagten günstiger, in einem anderen Falle aber kann sie einem anderen Angeklagten ungünstiger sein. Und doch ist dann ein anderer Senat gehalten, sie seinem Urteile zugrunde zu legen. Und nicht nur die Strafsenate, auch die Zivilsenate sind an die Rechtsauffassung des erkennenden Strafsenats gebunden. Diese Gebundenheit wird bedeutsam namentlich in den sogenannten Nebengesetzen, die häufig zur Entscheidung sowohl in Strafprozessen wie in Zivilprozessen stehen. Man denke nur an UnlWG., Warenzeichengesetz, Urheberrecht, Verlagsrecht, Patentrecht usw. Soll es hier wirklich möglich sein, daß jetzt die Meinung von zwei Richtern des Strafsenats den Sieg davonträgt über die gegenteilige Meinung der drei anderen Richter dieses Senats, und daß die vielleicht einstimmige gegenteilige Auffassung der Zivilsenate sich vor diesen zwei Richtern beugen muß? Und die Zivilsenate entscheiden nach absoluter Mehrheit. Man braucht sich nur einmal die Folgen der Auffassung klar vor Augen zu stellen, die für die Bindung der Rechtsprechung der übrigen Zivil- und Strafsenate die Anwendung der Zweidrittelmehrheit haben würde, um einzusehen, daß der Gesetzgeber unmöglich diese Vorschrift auch für das Revisionsverfahren beim RG. gewollt haben kann. Die Ausnahme der StPO. § 263 wird daher vom Gesetz selbst mit Recht auf das Verfahren beschränkt, das der tatsächlichen Feststellung dient. Für die vereinigten Strafsenate gilt dann dasselbe, was auch Beling anerkennt, aber lediglich deshalb, weil es sich hier um ein reines Urteil in einer Rechtsfrage handele, nicht um Normierung einer Rechtsfolge. Aber die Zwischenentscheidung des Plenums normiert mittelbar auch die Rechtsfolge, indem sie den diese unmittelbar aussprechenden Senat bindet. Sie ist also ebenso für das Wohl und Wehe des Angeklagten bedeutsam. Dieser Grund schlägt also nicht durch, doch die Geltung der absoluten Mehrheit ergibt sich hier schon aus GVG. § 138. Denn es braucht das Plenum nur aus zwei Drittel aller Mitglieder zu bestehen, so daß eine gerade Zahl möglich ist. Damit rechnet GVG. § 138 Abs. 3, wenn er

bestimmt, daß das dem Dienstalder nach jüngste Mitglied nicht mitstimmen darf. Diese Vorschrift hat nur Sinn, wenn es sich um Bildung einer absoluten Majorität handelt. Immerhin ist es wünschenswert, daß eine künftige StPO. dies klarer ausspricht. Solange so hervorragende Rechtslehrer wie Beling und Binding anderes aus dem Gesetze lesen können, ist es eben unklar. Auch die Geschäftsordnung des RG., in die es übrigens auch nicht gehören würde, enthält hierüber nichts.

2. Die Frage, wer in den vereinigten Zivil- oder Strafsenaten oder im Plenum den Vorsitz führt, ist in der Geschäftsordnung § 5 dahin geregelt, daß dies der Reichsgerichtspräsident oder, wenn er den zusammentretenden Senaten nicht angehört, der älteste Senatspräsident zu tun habe. Diese Regelung ist sachgemäß, gehört aber nicht in die Geschäftsordnung, sondern in die Prozeßordnung. Es handelt sich hier nicht um einen außerhalb des Prozesses liegenden Geschäftsgang, sondern um einen Vorgang des Verfahrens als Teil des Gerichtsgangs. Dieser ist aber, ebenso wie sonst die Frage des Vorsitzes, des Vertreters, der Reihenfolge der Abstimmung usw. durch die Prozeßordnung zu regeln. Über die Vertretung des Reichsgerichtspräsidenten im Plenum usw. spricht sich übrigens auch die Geschäftsordnung nicht aus. Man wird anzunehmen haben, daß dies nicht sein Vertreter im Senat, dem er angehört, also der älteste Rat, sondern der älteste Senatspräsident ist. Auch hier ist eine Regelung in der Prozeßordnung erforderlich.

3. Zweifel können bestehen über den Ausschluß eines Richters kraft Gesetzes, StPO. §§ 22, 23, und über die Ablehnung eines Richters an der Teilnahme einer Plenarentscheidung des RG. nach StPO. § 24.

Es fragt sich, ob der Ausschluß und das Ablehnungsrecht auch für das Plenum gilt und ob die Ablehnung auch hier der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten zusteht. Das RG. hat den Fall zu entscheiden gehabt, daß der Richter selbst den Tatbestand der StPO. § 22 Nr. 4 (Ausschluß kraft Gesetzes) vorbrachte und zur Erwägung stellte, ob er von der Mitwirkung am Plenum ausgeschlossen sei. Das RG. hat dies verneint, weil sich die Vorschrift nur auf das erkennende Gericht beziehe, dieses aber nicht das Plenum sei, sondern der Senat bleibe. Die Entscheidung scheint mir bedenklich. Gewiß bezieht sich die Vorschrift zunächst nur auf den erkennenden Senat, und es ist eine Lücke im Gesetz vorhanden, wenn eine Bestimmung darüber fehlt, wie es mit der Teilnahme im Plenum zu halten sei. Der Grund, aus dem im erkennenden Senat die Mitwirkung aus-

geschlossen ist, muß aber entsprechend auch für das Plenum gelten, zumal die Vorschriften des dritten Abschnittes allgemein und nicht auf einen bestimmten Abschnitt des Verfahrens beschränkt sind. Das Plenum fällt allerdings nur eine Zwischenentscheidung, aber immerhin für den erkennenden Senat und in der von ihm zu entscheidenden Sache. Auch als reines Erkenntnisurteil dient es der praktischen Aufgabe der Entscheidung einer konkreten Sache. Denn der Senat ist an sie gebunden. Auch die Entscheidung in der Sache hängt somit von dieser Zwischenentscheidung des Plenums ab, und ein bei ihr mitwirkender Richter beeinflußt deshalb auch notwendig die Endentscheidung. Es dürfte deshalb mehr im Sinne des Gesetzes liegen, die für das erkennende Gericht vorhandenen Ausschließungsgründe auch für das Plenum wirken zu lassen. Es ist ein Widersinn, ihn bei der für die Endentscheidung maßgebenden Zwischenentscheidung des Plenums mitwirken zu lassen, bei der darauf folgenden Endentscheidung des Senats in der Sache aber, die nunmehr nur noch formaler Natur ist, kraft Gesetzes für ausgeschlossen zu behandeln.

Dagegen haben die vereinigten Strafsenate anerkannt, daß der Ausschluß wegen Besorgnis der Befangenheit nach StPO. § 24 auch für sie wirksam ist und in einem Fall über die Zulassung oder Nichtzulassung zur Plenarentscheidung entschieden.

Ich kann hier eine unterschiedliche Behandlung nicht für berechtigt halten. Die Vorschrift der StPO. § 24 Abs. 3 ist in beiden Fällen der Ablehnung anwendbar. Insbesondere können dem Beschuldigten die zur Mitwirkung bei der Entscheidung der vereinigten Senate berufenen Gerichtspersonen namhaft gemacht werden.

4. Das Verhältnis des **Fer i e n s e n a t s** zur Rechtsprechung der übrigen Senate und des Plenums ist durchaus ungeklärt. GeschO. § 26 bestimmt: „Angelegenheiten, die vor das Plenum oder die vereinigten Senate gehören, sind durch den Feriensenat nicht zu erledigen. Beschließt der Feriensenat die Eintragung in das Präjudizienbuch, so ist diese dem ständigen Senat der betreffenden Art zur Eintragung in das Präjudizienbuch mitzuteilen.“ Der erste Satz will nach der Meinung der Kommentatoren nicht besagen, daß der Feriensenat kein Plenum einberufen kann. Was freilich dann der Satz sagen will, weiß ich nicht. Wie der Feriensenat ohne Plenum von der bisherigen Rechtsprechung des RG. nicht abweichen darf, so muß ihm vorbehalten bleiben, auch diese Abweichung zu ermöglichen, das Verfahren nach GVG. § 136 einzuleiten, Löwe-Rosenberg

(16. Aufl.), StPO. Komm. Nr. 5 zu § 136. Praktisch kann das zwar nicht mehr dazu führen, daß nun der Feriensenat selbst freie Bahn für eine andere Rechtsprechung gewinnt, aber der Erfolg ist doch möglich, daß er eine Änderung der Rechtsprechung der übrigen ständigen Senate herbeiführt.

Nach der Übung des RG., vgl. RGZ. 19, 275; 21, 305, dürfen aber die übrigen ständigen Senate von der Entscheidung eines Feriensenats (oder nicht mehr bestehenden Hilfsssenats) ohne Einholung eines Plenums abweichen. Ich halte diese Praxis nicht für gerechtfertigt. Sie beruht vielleicht auf einer gewissen überheblichen Unterschätzung der Rechtsprechung des Feriensenats, jedenfalls aber auf der Erwägung, daß von einem nicht mehr bestehenden Senat keine Beeinträchtigung der Rechtseinheit zu befürchten sei. Damit ist jedoch die Nichtbeachtung der Rechtsprechung der Feriensenate nicht gerechtfertigt. Dies widerspricht auch der GeschO., wonach der Feriensenat die Eintragung in das Präjudizienbuch beschließt und nur die Ausführung des Beschlusses dem sonst zuständigen Senat überläßt. Unsicher bleibt, ob nicht andere Senate der Entscheidung des Feriensenats beitreten würden. Er hat Anspruch, so behandelt zu werden, wie jeder andere Senat. Sein Ausspruch steht als Ausspruch des RG. fest und bindet die anderen Senate genau so wie das Urteil eines von diesen. Es dürfte daher auch nur durch ein Plenum von der Entscheidung abgewichen werden. Dasselbe gilt von den Hilfsssenaten oder anderen ordentlichen Senaten, die aufgehoben worden sind. Diese behandelt mit Unrecht die Praxis wie einen Feriensenat. Jedenfalls bedarf alles dies unbedingt einer gesetzlichen Regelung.

5. Es hat sich ferner die Übung herausgebildet, ohne Anrufen der vereinigten Senate oder des Plenums von der Entscheidung eines anderen Senats abzugehen, wenn dieser bei seiner Entscheidung selbst von einer früheren Entscheidung des abgehenden Senats abgewichen ist, ohne das Plenum anzurufen. Das kommt immerhin vor, sei es, daß der Senat die frühere Entscheidung eines anderen Senats überhaupt nicht gekannt oder übersehen hat, sei es, daß er der Meinung war, er könne von ihr abgehen, weil seine Entscheidung nicht auf jener Rechtsansicht beruhe. Das Verfahren mag zweckmäßig sein, ob es im Gesetz begründet ist, erscheint mir doch zweifelhaft. Denn ob mit Recht oder Unrecht ohne Anrufen des Plenums erlassen, die Entscheidung des anderen Senats besteht nun einmal und gilt als Entscheidung des Reichsgerichts wie jede andere; auf sie müssen deshalb die Vorschriften des GVG. § 136 in gleicher Weise Anwendung finden.

Es empfiehlt sich aber, der herrschenden Übung eine gesetzliche Grundlage zu geben.

6. Geboren aus dem Horror pleni hat sich ferner die Übung entwickelt, daß der Senat, der von der Entscheidung eines anderen abgehen will, zunächst bei diesem anfragt, ob er selbst noch an ihr festhält, RGStr. 57, 60; RGZ. 93, 144. Verneint dieser es, so hält der anfragende Senat sich für berechtigt, ohne Plenum von der Entscheidung abzugehen. Dieses Verfahren ist sicher praktisch und verdient vielleicht Gesetz zu werden, obwohl immerhin gewisse Bedenken dagegen bestehen bleiben. Ohne eine besondere Vorschrift halte ich diese Praxis mit dem jetzigen gesetzlichen Zustande nicht für vereinbar. Die Erklärung des angefragten Senats ist jedenfalls unverbindlich. Seine Zusammensetzung kann sich auch ändern, und er ist nicht gehalten, an seiner Erklärung festzuhalten und nicht doch schließlich bei seiner alten Meinung zu bleiben. Dann braucht er hierzu kein Plenum einzuholen, denn der andere Senat ist ohne solches zu Unrecht abgewichen, RGStr. 49, 180. Anders liegt der Fall nur, wenn der bekämpfte Senat selbst bereits in einer Entscheidung seine Ansicht aufgegeben hat, RGStr. 49, 137. Fraglich ist weiter, in welcher Zusammensetzung der angefragte Senat die Antwort zu beschließen hat, ob er bei seiner angefochtenen Rechtsauffassung stehen bleiben will oder nicht. Denn die Senate sind sämtlich mit mehr Richtern besetzt, als bei der Entscheidung der einzelnen Sache mitzuwirken haben. Es ist ferner vorgekommen, daß der anfragende Senat nach der Anfrage durch Eintritt neuer Mitglieder eine andere Besetzung erhielt und nunmehr in der neuen Zusammensetzung die früher bekämpfte Ansicht des angefragten Senats für richtig hält. Wie nun, wenn dieser gleichwohl inzwischen auf die Anfrage erklärt hat, er halte an seiner Ansicht nicht fest? Gleichwohl würde dann die Anrufung der vereinigten Senate nicht erforderlich sein. Das zeigt aber die rechtliche Wirkungslosigkeit einer solchen Erklärung überhaupt.

7. Ebenso ungeklärt ist, ob die erstinstanzlichen Senate an die Rechtsprechung des RG. gebunden sind und umgekehrt die Revisionssenate an die Rechtsprechung der erstinstanzlichen, ob daher diese oder jene gegeneinander eine Plenarentscheidung herbeiführen können. Die StPO. enthält hier eine Lücke. Denn die Vorschriften über das Plenum haben ersichtlich nur die Revisionssenate im Auge, zumal es bei ihrem Erlaß reine erstinstanzliche Senate noch nicht gab. Diese Lücke ist aber mit einer Ablehnung der gegenseitigen Gebundenheit aus-

zufüllen. Daß die erstinstanzlichen Senate am RG. bestehen, ändert nichts an ihrer Eigenschaft als Tatgerichte. Für sie gilt daher unbedingt die Zweidrittelmehrheit nach StPO. § 263, während, wie gesagt, für die Revisionssenate die absolute Mehrheit maßgebend ist. Es ist aber nun ganz unerträglich, wenn eine Minderheit der Rechtsprechung ihre Auffassung aufoktroyieren könnte, die von der Mehrheit nicht geteilt wird. Die tatrichterliche Feststellung und ihre rechtliche Beurteilung dürfen nicht über den Einzelfall hinauswirken. Nur zugunsten des Angeklagten ist hier die Zweidrittelmehrheit eingesetzt worden. Der Ansicht der Minderheit über den Einzelfall hinaus dieselbe bindende Wirkung zuzuschreiben wie der absoluten Mehrheit der Revisionssenate wäre absurd. Sodann wäre auch die Durchführung praktisch unerträglich. Soll, wenn sich in der Beratung des erstinstanzlichen Senats die Meinung für die Abweichung von der Rechtsprechung der anderen Senate ergibt, nunmehr — gegen die Vorschriften der StPO. — die Verkündung des Urteils solange ausgesetzt werden, bis die Entscheidung des Plenums eingeholt ist? Soll der Angeklagte inzwischen vielleicht ein halbes Jahr und länger noch in Untersuchungshaft bleiben? Man sieht, das Plenarverfahren paßt nicht auf die erstinstanzlichen Senate. Es wäre aber angezeigt, dies im Gesetz deutlich und klar zu sagen.

8. In gewissem Zusammenhang hiermit, wenn auch nicht unbedingt ausschlaggebend, steht die Frage, ob die Mitglieder der erstinstanzlichen Senate auch an den Beschlüssen der vereinigten Strafsenate oder des Plenums mitzuwirken haben. Es läßt sich ebensoviel für wie dagegen sagen. Das RG. hat sich gelegentlich der letzten Entscheidung der vereinigten Strafsenate für die Zulassung auch der Mitglieder der erstinstanzlichen Strafsenate entschieden. Diese ganze Zweifelsfrage kann freilich sofort dadurch gegenstandslos gemacht werden, daß alle Mitglieder der erstinstanzlichen Senate zu Stellvertretern in den Revisionssenaten ernannt werden. Jedenfalls ist aber auch hier eine gesetzliche Regelung erwünscht.

Dieser kleine Wunschzettel für den Entwurf der künftigen Strafprozeßordnung sei dem Justizministerium bei seinem Jubiläum überreicht. Je besser von diesem die Entwürfe von Gesetzen vorbereitet werden, desto eher ist ihre Annahme in dieser Gestalt von Reichstag und Reichsrat zu erwarten, und um so besser wird dann auch die Rechtsprechung des RG. sein können. Hier liegen, wie gesagt, die engeren Beziehungen zwischen RJM. und RG.

Das Prinzip der Gleichbehandlung der Mitglieder beim Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.

Von

Wilhelm Kisch, Geh. Justizrat, ordentl. Professor, München.

Für die Mitglieder eines Versicherungsvereines auf Gegenseitigkeit gilt das Prinzip der Gleichbehandlung, und zwar in einem weiteren und in einem engeren Sinne.

A.

Im weiteren Sinne bedeutet das Prinzip, daß nicht ein einzelnes Mitglied gegen seinen Willen schlechter gestellt werden kann, als die übrigen. In diesem Sinne beruht es nicht auf VUG. § 21 Abs. 1, sondern es gilt unabhängig von dieser positiven Bestimmung bei dem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit wie bei jedem Verein überhaupt, auch bei demjenigen des bürgerlichen Rechtes, obgleich es hier ebenfalls keinen förmlichen Ausdruck im Gesetze gefunden hat. Einige Folgerungen des Grundsatzes seien hier genannt. Dem einzelnen Mitgliede darf (vorbehaltlich entgegenstehender Satzungsbestimmungen) die Mitgliedschaft nicht einseitig entzogen werden. Es dürfen ihm nicht (zum Unterschied von den übrigen) einzelne mitgliedschaftliche Rechte weggenommen werden, seien es nun die Rechte auf Mitwirkung bei der Generalversammlung (Wahlrecht, Stimmrecht), seien es Individualrechte, z. B. das Recht auf Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses, das Recht auf Überschuß aus dem Geschäftsbetriebe oder auf Anteil an dem Gesellschaftsvermögen, seien es endlich die Rechte aus der Versicherung. Es dürfen ihm persönlich nicht besondere Lasten und Verbindlichkeiten auferlegt werden, die nicht zugleich für die Masse der übrigen Mitglieder begründet werden.

B.

Darüber hinausgehend ist speziell für den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit noch eine Gleichbehandlung der Mitglieder im engeren Sinne (qualifizierte Rechtsgleichheit) durch VUG. § 21 vorgeschrieben:

„Die Beiträge der Mitglieder und die Leistungen des Vereins an die Mitglieder dürfen bei gleichen Voraussetzungen nur nach den gleichen Grundsätzen bemessen sein.“

I.

Dieser Grundsatz unterscheidet sich von dem unter A dargelegten ersten Grundsatz in mehrfacher Hinsicht. Er bezieht sich nur auf die Beiträge der Mitglieder und die Leistungen des Vereins, während der erste Grundsatz in jeder Beziehung durchgreift. Er hat es nicht nur mit dem Schutz individueller Mitglieder zu tun, wie der erste Grundsatz, sondern er verbietet auch (unter gleichen Voraussetzungen) die Schlechterstellung ganzer Mitgliederklassen. Er erstrebt weniger den Schutz des einzelnen Mitgliedes gegen beeinträchtigende konkrete Mehrheitsbeschlüsse der übrigen (wie der erste Grundsatz), als vielmehr eine bestimmte Gestaltung der Vereinssatzung, indem für den auf die Beiträge und Leistungen bezüglichen Teil derselben eine zwingende Norm aufgestellt wird. Der zweite Grundsatz hat einen generellen, der erste einen individuellen Gegenstand. Darum muß der zweite Grundsatz unabhängig von der Zustimmung individueller Mitglieder durchgreifen, während der erste nur verbietet, das einzelne Mitglied gegen seinen Willen zu benachteiligen. Endlich verbietet der zweite Grundsatz auch die Besserstellung einzelner Mitglieder¹⁾ (oder Mitgliederklassen) im Verhältnis zu den anderen, während der erste Grundsatz nur eine Schlechterstellung (einzelner Mitglieder) untersagt.

II.

Unter das qualifizierte Gleichheitsprinzip fallen einerseits die Beiträge der Mitglieder, zu denen nicht nur die im voraus bezahlten Beiträge (Vorprämien), sondern auch die Nachschüsse, nicht nur die wiederkehrenden, sondern auch die einmaligen Beiträge, nicht nur die Beiträge im eigentlichen Sinne, sondern auch die sogenannten Eintrittsgelder gehören, die von manchen Vereinen bei Begründung der Mitgliedschaft eingezogen werden; andererseits die Leistungen des Vereins an die Mitglieder, insbesondere die bei Eintritt des Versicherungsfalles zu bewirkenden Zahlungen oder Entschädigungen, aber auch die Überschußanteile, die sogenannten Dividenden.

Das Prinzip ist von besonderer Bedeutung für die in der Mitgliedschaft enthaltene Versicherung. Da nämlich diese ihren individuellen Inhalt von Fall zu Fall durch die Abmachungen der beitretenden Mitglieder mit dem Verein empfangen, so wäre es an sich möglich, daß dieser Inhalt ganz selbständig, d. h. unabhängig von den sonstigen bei dem Verein

¹⁾ Z. B. die Schaffung von Sonderrechten.

laufenden Versicherungen gestaltet würde, sei es in günstigem Sinne, sei es sogar (bei vorliegender Zustimmung des Mitgliedes) in einem für dasselbe ungünstigen Sinne. Dies soll nun gerade durch das qualifizierte Gleichheitsprinzip verhindert werden. Kein Mitglied soll (unter sonst gleichen Voraussetzungen) besser versichert, keines soll (auch nicht mit seinem Einverständnis) schlechter versichert sein als die übrigen²⁾.

Bezüglich anderer Pflichten und Rechte, namentlich bezüglich des Anteils an der Vereinsverwaltung, gilt der Grundsatz nicht, so z. B. nicht hinsichtlich des Rechts auf Teilnahme an der Mitgliederversammlung, auf Wahl zu derselben, auf Abstimmung in ihr usw. Daher könnte auf diesem Gebiet die Satzung einerseits einzelnen Mitgliedern (durch Begründung von Sonderrechten) oder gewissen Mitgliederklassen höhere Rechte einräumen als den übrigen, andererseits gewisse Klassen von Mitgliedern³⁾ schlechter stellen als die anderen.

III.

Aus dem Prinzip ergeben sich folgende Sätze.

1. Die Beiträge der Mitglieder müssen unter gleichen Voraussetzungen gleich bemessen sein. Sind also die Gefahr und die Versicherungssumme die gleichen, so müssen (verhältnismäßig) auch die Leistungen der Mitglieder die gleichen sein. Für Personen gleichen Alters, gleichen Berufs, gleicher Gesundheit usw. dürfen nicht verschiedene Prämientarife zur Anwendung kommen. Eine Ungleichheit darf auch nicht im Endresultat durch Verschiedenheiten in den Zahlungsbedingungen, in der Fälligkeit, in der Art der Erhebung usw. herbeigeführt werden. Allerdings braucht nur im praktischen Ergebnis Gleichheit zu bestehen. Die Form der Erhebung darf alsdann eine verschiedene sein⁴⁾.

2. Die Leistungen des Vereins an die Mitglieder müssen unter gleichen Voraussetzungen gleich bemessen sein. Es darf z. B. nicht bei

²⁾ Das Mitglied darf nicht abweichend von den anderen behandelt werden. Ob aber der in Widerspruch hierzu geschlossene einzelne Vertrag der privatrechtlichen Gültigkeit entbehrt, ist eine andere Frage (darüber unten VII, 2).

³⁾ nicht dagegen bestimmte einzelne Mitglieder. Dies würde verstoßen gegen das Prinzip der Gleichbehandlung im weiteren Sinne (vgl. A.).

⁴⁾ Ein Beispiel APV. 4, 110: der Beitrag an eine Sterbekasse setzt sich zusammen aus einem nach dem Alter abgestuften Eintrittsgeld und einem für alle Altersstufen gleichen Beitrag (Prämie).

gleicher Dauer der Mitgliedschaft eine (verhältnismäßig) verschiedene Versicherungsleistung zugesprochen werden. Und dasselbe gilt für die Verteilung des etwaigen Überschusses. Dieselbe muß also nach Maßstäben erfolgen, die für die Mitglieder im Ergebnis gleich (besser gesagt: verhältnismäßig gleich) bestimmt sind, z. B. Dauer der Mitgliedschaft, Höhe der Versicherungssumme, Höhe des Anteils an der Prämienreserve usw.

3. Zu den Voraussetzungen, von denen die Leistung des Vereins abhängt, gehören in erster Linie auch die Leistungen der Mitglieder, und umgekehrt gehören die letzteren zu den Voraussetzungen, nach denen sich die Leistungen des Vereins an die Mitglieder bestimmen. Die Beiträge bedingen die Leistungen und diese umgekehrt jene. Daher wäre es (bei gleicher Sachlage im übrigen) nicht statthaft, daß Mitglieder, denen gleiche Beiträge auferlegt werden, ihrerseits verschiedene Leistungen erhielten, oder umgekehrt, daß für gleiche Leistungen des Vereins verschiedene Beiträge erhoben würden. Insofern muß das Verhältnis zwischen Beiträgen und Versicherungsansprüchen bei allen Mitgliedern (unter den gleichen Voraussetzungen) das gleiche sein. Und zwar ist dieser Grundsatz nicht nur ein wirtschaftlich-technischer, sondern ein positiv-rechtlicher, der sich unmittelbar aus dem Prinzip der Gleichbehandlung der Mitglieder ergibt⁵⁾.

Aus diesem Satz ergibt sich vor allem, daß nicht ein einzelnes Mitglied als solches⁶⁾ gegen feste Prämie versichert sein darf. Denn dadurch würde es bei schlechtem Geschäftsgang insofern bessergestellt sein als die übrigen, als es zu den erforderlichen Nachschüssen nicht beizutragen hätte, bei gutem Geschäftsgang dagegen insofern benachteiligt sein, als es an den erzielten Überschüssen (oder an der geringeren Bemessung der Umlagen) keinen Anteil hätte.

IV.

Die Gleichstellung der Mitglieder ist jedoch keine äußerliche absolute, sondern sie ist an gleiche Voraussetzungen geknüpft. Sind die letzteren verschieden, so dürfen die Mitglieder verschieden behandelt werden.

⁵⁾ Anders anscheinend Rehm, Kommentar zum VUG. 3. Aufl. § 21 Ziff. 4, der aber schließlich (Seite 114 ff. unter a und b) doch zu den im Text vertretenen Regeln gelangt.

⁶⁾ Dagegen ist es natürlich bei einem gemischten Verein sehr wohl möglich, daß eine Person für bestimmte Interessen (das Haus a) als Mitglied, d. h. nach dem Prinzip der Gleichbehandlung, für ein anderes (Haus b) als Dritter, d. h. gegen feste Prämie versichert ist.

1. Namentlich können die Leistungen der Mitglieder (absolut genommen) verschiedene sein, wenn die Versicherungsgefahr verschieden ist, etwa Alter oder Gesundheit oder Beruf der versicherten Person, Lage oder Stoff oder Bauart des versicherten Hauses, Alter und Verwendung des versicherten Tieres usw. Genau so, wie bei der Versicherung auf feste Prämie für die einzelnen Gefahrenklassen verschiedene Tarife bestehen, so sind beim Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit verschiedene Beiträge möglich.

Handelt es sich ferner um Sparversicherungen (Lebensversicherung auf den Todesfall, Erlebensversicherung, Sterbefall-, Begräbnisversicherung usw.), so kann eine „Voraussetzung“ sein die Dauer der Zugehörigkeit zum Verein, da hiervon die Summe der Beiträge bis zum Versicherungsfall abhängt. Dem entspricht es, daß (unter sonst gleichen Voraussetzungen, namentlich hinsichtlich der Gefahren) bei gleich hohen — aber länger dauernden — Beiträgen höhere Versicherungsleistungen des Vereins oder bei gleich hohen Leistungen des Vereins geringere (aber voraussichtlich länger dauernde) Beiträge in Aussicht zu nehmen sind ⁷⁾.

Auch die Kosten der Begründung und Verwaltung der Versicherungen kommen in Betracht. Wenn ganze Gruppen von Versicherten (z. B. sämtliche Angestellte eines Großbetriebes, sämtliche Angehörige eines größeren Vereins) dem Versicherungsverein einheitlich beitreten und wenn die zahlreichen Beiträge und Nachschüsse (etwa durch die Betriebs- oder Vereinsleitung) einheitlich verrechnet werden können, so macht dadurch der Versicherungsverein Kostenersparnisse, die ihn berechtigen, den Angehörigen der betreffenden Gruppe mehr oder minder hohe „Rabatte“ zu gewähren.

⁷⁾ Daß die Zahlung des Mitgliedes gerade die juristische Form des Beitrages habe, ist nicht erforderlich, wenn sie nur wirtschaftlich ähnlich wirkt. Ein Beispiel APV. 4, 110: „Bei gewissen Sterbekassen . . . wird neben einem geringen Eintrittsgeld ein nach dem Eintrittsalter abgestuftes Einkaufsgeld erhoben, während der monatlich zu entrichtende laufende Beitrag für alle Lebensalter gleich hoch ist. Das Einkaufsgeld wird regelmäßig gestundet, mit 4 oder 5 Prozent verzinst und im Todesfalle von dem Sterbegeld in Abzug gebracht.“ Das Aufsichtsamt erklärt dieses System für weniger angemessen als dasjenige der nach dem Eintrittsalter abgestuften laufenden Beiträge, hält es aber nicht für unzulässig, da im praktischen Ergebnis infolge des Abzuges der verschieden bemessenen Einkaufssumme von der für alle Mitglieder gleichen Versicherungssumme je nach dem verschiedenen Lebensalter auch verschiedene Leistungen des Vereins wie auch verschiedene Leistungen des Mitglieds herauskämen.

Wenn ferner, wie dies bei Vieh- und Hagelversicherung vorkommt, gewisse Mitglieder mit günstigeren Risiken, statt sich auf schwankende Nachschüsse einzulassen, einen von vornherein bestimmten Zuschlag zu ihrem Beitrag (der sogenannten Vorprämie) leisten und dafür durch Vermittlung des Vereins an dritter Stelle gegen die Nachschußpflicht versichert sind, so entspricht es dem Gleichheitsprinzip, daß sie an dem Reservefonds des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit geringere Rechte als die gegen Nachschuß nicht versicherten Mitglieder haben, da für sie der Rückgriff auf diesen Reservefonds bei schlechten Jahren nicht in Betracht kommt. Andererseits muß für sie der Gewinn reserviert bleiben, den der Verein dadurch macht, daß er sich von der anderen Gesellschaft, bei welcher die Nachschußpflicht versichert ist, einen Teil an deren Geschäftsgewinn zusichern läßt⁸⁾).

Zu denken ist allerdings überall in erster Linie an **versicherungstechnische** Voraussetzungen. Dagegen dürfen (absolute) Ungleichheiten der Mitglieder nicht an andere Voraussetzungen geknüpft werden, etwa an Verschiedenheiten des Glaubensbekenntnisses, des sozialen Standes, des Wohnortes, der Staatsangehörigkeit, des Geschlechts und dergleichen mehr⁹⁾).

2. Sind nun die „Voraussetzungen“ in dem dargelegten Sinne ungleich, so (dürfen nicht nur, sondern) **m ü s s e n** die Mitglieder ungleich behandelt werden¹⁰⁾. Sonst würde im praktischen Ergebnis eine materielle Schlechter- oder Besserstellung einzelner Mitglieder oder Mitgliedergruppen eintreten. Wenn z. B. bei einer Sterbekasse für Mitglieder von sehr verschiedenem Eintrittsalter gleiche Beiträge und gleiche Versicherungssummen festgesetzt wären, so würde dies bedeuten, daß ein Mitglied von höherem Alter für eine weit geringere (weil weniger lange fortgesetzte) Leistung die gleichen Vorteile erhielte, wie ein Mitglied von erheblich jüngerem Alter. Dies widerspricht jedoch dem richtig verstandenen Gleichheitsprinzip¹¹⁾.

Hiernach dürften nicht etwa ohne weiteres nach dem Durchschnitt des Bedarfs die **B e i t r ä g e** für alle Mitglieder gleich bemessen werden, insbesondere dann nicht, wenn bezüglich des Risikos individuelle Verschiedenheiten unter ihnen bestünden. Entsprechendes gilt für die **Durchschnittsleistungen**

⁸⁾ Vgl. hierzu APV. Band IV Seite 34 ff.

⁹⁾ Überall vorausgesetzt, daß diese Umstände für die Höhe der Gefahr unerheblich sind.

¹⁰⁾ Grundsätzlich anders R e h m a. a. O. § 21 Ziff. 4.

¹¹⁾ Vgl. APV. Band II Seite 97.

(auch Durchschnittsrenten) des Vereins. Insbesondere ist es grundsätzlich nicht statthaft (wie es bei manchen Witwen- und Waisenkassen geschieht), „daß in gewissen Zeiträumen nach Maßgabe der vorhandenen Mittel eine einheitliche Rente berechnet wird, die dann allen Bezugsberechtigten in gleicher Höhe gezahlt wird“. Trotz dieser scheinbaren Gleichstellung aller Mitglieder liegt hier in Wahrheit eine Ungleichheit darin begründet, daß die Leistung, die das Mitglied von dem Verein erhält, nicht nach seiner eigenen Leistung, sondern nach dem Durchschnitt aller Mitgliederleistungen berechnet wird ¹²⁾).

Des weiteren bestehen auch Bedenken gegen die Einrichtung, daß für die dem Verein angehörigen Mitglieder eines bestimmten Betriebes die Beiträge und umgekehrt die Leistungsansprüche nach der Höhe des jährlichen Einkommens bemessen werden. Denn dies führt zu einer (verhältnismäßigen) Gleichbehandlung von Personen, bei denen in versicherungsrechtlicher Hinsicht individuelle Verschiedenheiten, namentlich hinsichtlich des Alters, bestehen ¹³⁾).

V.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die für die Mitglieder vorgeschriebene Gleichheit richtiger als eine relativ zu nehmende Gleichmäßigkeit der Behandlung aufgefaßt werden muß. Die Leistungen und Beiträge müssen nicht gleich, sondern nach gleichen Grundsätzen bemessen sein. Dem entspricht das Prinzip der Gleichmäßigkeit. Hiernach kann eine absolute Gleichstellung in Wirklichkeit dem § 21 Abs. 1 zuwiderlaufen; so, wenn etwa für Personen verschiedenen Alters bei gleicher Versicherungssumme gleich hohe Beiträge festgesetzt sind. Umgekehrt kann eine (absolut) verschiedene Festsetzung der Beiträge und Ansprüche der Mitglieder mit jener Bestimmung in Einklang stehen; dann nämlich, wenn sie auf die verschiedenen „Voraussetzungen“ Rücksicht nimmt, wenn etwa den Mitgliedern verschiedene Beiträge auferlegt werden, je nachdem sie höhere Versicherungsleistungen

¹²⁾ Vgl. die Entscheidungen des Aufsichtsamtes in APV. Band III Seite 52 Nr. 10, Band III Seite 84.

¹³⁾ Vgl. APV. Band III S. 84. Trotzdem ist das Aufsichtsamt nicht eingeschritten, mit Rücksicht darauf, daß tatsächlich das Beitrittsalter der Mitglieder kein wesentlich verschiedenes sei, daß infolge des (im Dienstvertrag begründeten) Beitrittszwanges der Mitglieder für genügenden Neuzugang und damit für die Sicherstellung der Versicherten Gewähr gegeben sei, daß auch eine andere Behandlung verwickelte Rechnungen erheischen würde.

zu bekommen haben, oder — bei gleicher Versicherungssumme — je nach der vermutlichen Dauer ihrer Beitragsleistungen.

VI.

Das Gleichheitsprinzip gilt nur für Mitglieder. Sind bei dem (gemischten) Verein auch Dritte gegen feste Prämie versichert, so können sie zunächst unter sich verschieden behandelt werden (d. h. bei gleichen Voraussetzungen verschieden, bei verschiedenen Voraussetzungen gleich berechtigt und verpflichtet werden). Sie können ferner anders als die versicherten Mitglieder gestellt werden und werden es sogar (wenigstens grundsätzlich) immer aus dem Grunde sein, weil ihre Beitragspflichten und Leistungsansprüche im Gegensatz zu denjenigen der Mitglieder von dem wechselnden, günstigen oder ungünstigen Geschäftsergebnis des Versicherungsvereins unabhängig gestellt sind ¹⁴⁾.

VII.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist ein zwingender. Wird er verletzt, so treten verschiedene Rechtsfolgen ein.

1. Finden sich schon in der Satzung oder in den allgemeinen Versicherungsbedingungen Bestimmungen, welche verschiedene Mitglieder oder Mitgliederklassen ungleich behandeln, so kann von der Aufsichtsbehörde nach VUG. § 7 die Zulassung zum Geschäftsbetrieb aus dem Gesichtspunkte verweigert werden, daß der Geschäftsplan gesetzlichen Vorschriften zuwiderläuft. Wenn sich die Ungleichheit erst später erweist oder wenn erst später dazu führende Veränderungen der Satzung oder der allgemeinen Versicherungsbedingungen vorgenommen werden, so kann die Aufsichtsbehörde die nötigen Anordnungen treffen, um den Geschäftsbetrieb mit den gesetzlichen Vorschriften in Einklang zu halten, namentlich Mißstände zu beseitigen, durch welche die Interessen der Versicherten gefährdet werden (VUG. § 64 Abs. 2). Bei fortgesetzter Zuwiderhandlung gegen das Gleichheitsprinzip oder bei Gefährdung der Interessen der Versicherten durch solche Zuwiderhandlungen kann der Betrieb mit den Folgen des § 67 VUG. untersagt werden. In allen diesen Beziehungen führt also die Verletzung des Gleichheitsprinzips zu verwaltungsrechtlichen (öffentlich-rechtlichen) Maßregeln.

2. Schwieriger ist die Frage nach der privatrechtlichen Rückwirkung des Gleichheitsprinzips.

¹⁴⁾ Im tatsächlichen Ergebnis kann natürlich Gleichstellung zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern sich ergeben.

a) Sicher ist zunächst, daß eine gegen dasselbe verstoßende Bestimmung der Satzung oder der allgemeinen Versicherungsbedingungen an sich (privatrechtlich) unwirksam wäre. Da aber diese Unwirksamkeit durch die etwa erfolgende Genehmigung des Geschäftsplanes seitens der Aufsichtsbehörde geheilt wird, so können die in Gemäßheit des Geschäftsplanes geschlossenen einzelnen Aufnahmeverträge, namentlich die durch sie herbeigeführten Versicherungen, nicht als nichtig angesehen werden.

Entsprechendes gilt, wenn nachträglich ein gegen das Prinzip verstoßender Beschluß der Generalversammlung gefaßt wird. Auch dieser ist zwar wegen seines Widerspruchs zu einer zwingenden gesetzlichen Vorschrift ohne weiteres nichtig; es bedarf nicht erst einer Anfechtung durch ein Mitglied¹⁵⁾. Aber durch die Genehmigung der Aufsichtsbehörde und durch den Eintrag in das Register erlangt er privatrechtliche Wirksamkeit, so daß die nach seiner Maßgabe geschlossenen Einzelverträge der Gültigkeit nicht entbehren. Man wird also dem nach Maßgabe der Satzung benachteiligten Mitglied oder der schlechter gestellten Mitgliederklasse einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Verein auf Gleichstellung nicht einräumen, und erst recht nicht bei Begünstigung einzelner Mitglieder oder Mitgliederklassen den übrigen einen privatrechtlichen Anspruch auf Gleichstellung, sei es durch Beseitigung jener Begünstigung, sei es durch Erstreckung derselben auf alle Mitglieder. Das gegebene Mittel ist nicht Anrufung der Gerichte im Prozeßwege, sondern Anrufung der Verwaltungsbehörde im Aufsichtswege.

b) Eher könnte an privatrechtliche Folgen in dem Falle gedacht werden, daß ein einzelnes Mitglied nicht auf Grund der Satzung oder der allgemeinen Versicherungsbedingungen, sondern in Abweichung davon schlechter oder besser als die übrigen gestellt wird. Indessen dürften auch hier aus der Ungleichheit privatrechtliche Folgen nicht, jedenfalls nicht nach § 21 VUG. erwachsen. Ein Beschluß der Generalversammlung, der einem Mitglied besondere Vergünstigungen gewährt, dürfte privatrechtliche Gültigkeit haben. Gleiches gilt von einem Beschluß, der umgekehrt ein einzelnes Mitglied mit dessen Einwilligung schlechter stellt. Fehlt dagegen diese Einwilligung, so ist allerdings der Beschluß nichtig, aber nicht nach VUG. § 21 (Prinzip der qualifizierten Gleichbehandlung), sondern nach dem Grundsatz der Gleichstellung im weiteren Sinne, nach welchem

¹⁵⁾ Nach VUG. § 36 in Verbindung mit HGB. § 271.

kein Mitglied ohne seinen Willen schlechter als die anderen behandelt werden kann (oben A).

Ist aber die Abweichung von der Regel bei Aufnahme des Mitgliedes durch Vereinbarung zwischen diesem und dem Vorstand begründet worden, so bleibt der Aufnahmevertrag mit dem ausgemachten Inhalt privatrechtlich wirksam, und zwar sowohl dann, wenn er das Mitglied schlechter, als auch wenn er es besser stellt. Der die Ungleichheit herbeiführende Teil des Vertrages ist nicht etwa wegen Verstoßes gegen das Gesetz (BGB. § 134) oder gegen die Satzung nichtig, und erst recht ist es nicht der Aufnahmevertrag als solcher¹⁶⁾. Es besteht kein privatrechtlicher Anspruch auf Gleichbehandlung, welcher bei Schlechterstellung des einzelnen Mitgliedes von diesem, bei Besserstellung von den übrigen Mitgliedern gerichtlich geltend gemacht werden könnte.

Und Entsprechendes gilt, wenn die besondere Behandlung des Mitgliedes nach dessen Aufnahme durch eine nachträgliche Vereinbarung mit dem Vorstand, z. B. Änderung der Versicherung, herbeigeführt wird¹⁷⁾. Daher kann es tatsächlich sehr wohl vorkommen, daß ein Mitglied anders als die übrigen

¹⁶⁾ Man könnte daran denken, den Aufnahmevertrag als solchen gelten zu lassen und nur die besondere Behandlung des Mitgliedes als gesetzwidrig auszuschalten. Das Mitglied würde dann trotz der entgegenstehenden Vereinbarung ebenso zu behandeln sein, wie alle anderen in gleicher Lage befindlichen (ähnlich wie das Reichsgericht bei Verletzung der im Kriege ergangenen Höchstpreisverordnungen den Liefervertrag gelten läßt, aber zu den gesetzlichen Höchstpreisen). Allein es geht nicht an, eine Partei an einen Vertragsinhalt zu binden, den sie nicht erklärt und nicht gewollt hat, auch bei Kenntnis der Sachlage vielleicht nicht gewollt haben würde.

¹⁷⁾ Hierfür spricht der Wortlaut des § 21 VUG.: „Die Beiträge . . . und Leistungen . . . dürfen . . . nur nach gleichen Grundsätzen bemessen werden.“ (Es heißt nicht: „können“). Ferner auch ein Vergleich mit § 9 Abs. 3. (Abweichungen von den allgemeinen Versicherungsbedingungen zuungunsten des Versicherten sind nur aus besonderen Gründen unter der Bedingung statthaft, daß der Versicherungsnehmer vor dem Abschluß des Vertrages auf diese Abweichungen ausdrücklich hingewiesen worden ist und sich hiernach schriftlich damit einverstanden erklärt hat); auch die Verletzung dieser Vorschrift berührt nicht die privatrechtliche Gültigkeit des Vertrages. In der Begründung § 21 (Seite 63 oben) ließen sich allerdings einzelne Wendungen auf die gegenteilige Deutung beziehen: „Vielmehr muß die Prüfung, ob im Einzelfalle das Recht des Mitgliedes auf Gleichbehandlung als verletzt erscheint, der Aufsichtsbehörde und der Rechtsprechung überlassen bleiben, denen das aufgestellte Prinzip immerhin eine wünschenswerte Grundlage für ihre Entscheidungen bieten wird.“

behandelt wird. Sogar die Versicherung eines einzelnen Mitgliedes gegen feste Prämie wäre (zwar ordnungswidrig, aber) nicht ungültig.

Wohl aber kann das Vorgehen des Vorstandes für diesen im Verhältnis zum Verein gewisse Rechtsfolgen haben, etwa unter dem Gesichtspunkt der unrichtigen Amtsführung. Ferner kann es unter den Voraussetzungen des VUG. §§ 64, 67 das Einschreiten der Aufsichtsbehörde rechtfertigen. Aber das individuelle Rechtsverhältnis des Mitgliedes zum Verein bleibt hiervon unberührt.

Hiernach handelt es sich beim § 21 VUG. mehr um eine gesetzliche Anweisung an die Organe des Vereins und an die Aufsichtsbehörde, das Prinzip der Gleichheit durchzuführen, als um eine zur Unwirksamkeit entgegenstehender einzelner Verträge führende Verbotsnorm im Sinne des BGB. § 134. Vereinbarungen, die zu individuellen Ungleichheiten führen, sollen nicht vorkommen, entbehren aber, wenn sie dennoch stattfinden, nicht der privatrechtlichen Wirksamkeit. Die Reaktion auf eine Verletzung des Gleichheitsprinzips ist, was die einzelnen Mitglieder betrifft, keine privatrechtliche, sondern eine öffentlich-rechtliche.

Ordnung und Recht.

Von

Johann David Sauerländer, Ministerialrat, München.

Inhalt: A. Die Frage ihrer Gleichsetzbarkeit (Ordnungstheorie) oder Verschiedenheit (Urteilstheorie) ist von der Geltungsseite aus zu lösen. B. Die in Betracht kommenden Geltungsarten und ihre Verteilung an Ordnung und Recht. I. Die ursprüngliche Geltung (die Wahrheit). II. Die Rechtsverbindlichkeit als Geltungserfordernis der Ordnung. III. Die Wahrheit als Geltungserfordernis des Rechtssatzes (des Rechts). IV. Zusammenfassung der Ergebnisse. C. Die Frage der Überwindenheit des Naturrechts. I. Die Unzulänglichkeit der Gründe und Ursachen der Ordnungstheorie. II. Die Urteilstheorie und das Naturrecht.

Daß das Recht zur Bewertung und Beurteilung von Handlungen dient, ist gewiß. Andererseits muß ohne Zweifel das Gemeinschaftsleben auf irgendeine Weise geordnet sein und bietet jede Ordnung auch die Möglichkeit, Handlungen — eben auf ihre Ordnungsmäßigkeit — nach ihr zu beurteilen. Die Frage ist nur, ob die Ordnung das Recht oder ob das Recht etwas Selbständiges neben, ja vielleicht über der Ordnung ist. Anders ausgedrückt: Ist

jene rechtliche Beurteilung aus freier menschlicher Erkenntnis vorzunehmen oder sind die Sätze, nach denen sie sich zu richten hat, auf eine für die Erkenntnis einfach hinzunehmende Weise bereits anderweitig festgelegt? Nimmt man das Letztere an, so wird das Recht zur Ordnung, die rechtliche Beurteilung ist dann etwas aus der Ordnung zu Entnehmendes, Rechtmäßigkeit ist nichts anderes als Ordnungsmäßigkeit und nur Ordnungsmäßigkeit Rechtmäßigkeit. Nimmt man dagegen jenes Erstere an, so ist nicht die Ordnung das Recht und das Recht nicht Ordnung, sondern freie erkenntnismäßige Beurteilung; Ordnung und Recht sind dann grundsätzlich verschiedene Dinge, Rechtmäßigkeit kann¹⁾, muß aber nicht Ordnungsmäßigkeit sein. Die beiden Auffassungen mögen als Ordnungstheorie und als Urteilstheorie des Rechts bezeichnet und einander gegenübergestellt werden. Was hierbei unter Ordnung verstanden wird, und was sich demgemäß die Ordnungstheorie unter dem Recht vorstellt, bedarf wohl keiner näheren Darlegung; es ist die staatliche Gemeinschaftsordnung als solche, wie sie durch die Gesetze und die sonstigen „Rechtsquellen“ bestimmt wird. Dagegen muß sowohl der Begriff der Ordnung als auch der des Rechts näher gekennzeichnet werden, wenn die beiden Begriffe im Sinne der sie nicht gleichsetzenden Urteilstheorie verwendbar sein sollen. Die Ordnung wäre dann etwa als der Inbegriff der gesetzgeberischen (oder aus sonstigen Quellen zu entnehmenden) Willens-kundgebungen zu Regelung und Gestaltung des Gemeinschaftslebens²⁾, das Recht dagegen³⁾ als ein Inbegriff von Handlungs-

¹⁾ Nämlich soweit die Ordnung rechtsverbindlich ist und zum rechtserheblichen Tatbestand des jeweiligen Falles überhaupt gehört.

²⁾ Ein Ordnungssatz wäre z. B. die Bestimmung des Art. 1 Abs. 1 RV.: Das Deutsche Reich ist eine Republik. — Die Unterscheidung von Rechtssätzen und Ordnungssätzen deckt sich nicht mit der Wenzelschen Unterscheidung von gesetzlichen Handels- und Urteilsnormen (Juristische Grundprobleme, Bd. 1 S. 35, 36, 62 ff., 71 ff., 208), da diese die Ordnungstheorie voraussetzt und die Sachverhalte ganz anders ordnet, als es hier geschieht. Der eben erwähnte Ordnungssatz wäre nach ihr wohl gerade eine Urteilsnorm, die Urteilsnormen werden von Wenzel als verbindliche Denkgebote aufgefaßt, während hier die Möglichkeit solcher in Abrede gestellt wird, usw. Auch der bekannte Streit darüber, ob die Rechtssätze Imperative oder hypothetische Urteile seien, spielt sich immer auf dem Boden der Ordnungstheorie ab, obwohl hypothetische Urteile nur der Erkenntnis, nicht dem Willen möglich sind. In dem erwähnten Art. 1 Abs. 1 RV. dürfte übrigens ebensoschwer ein Imperativ wie ein hypothetisches Urteil gefunden werden können; er ist eine gestaltende Willensanordnung, eine „Bestimmung“, wie solche auch unimperativisch möglich sind.

³⁾ Näheres hierüber enthält der Aufsatz des Verf. in Leipz. Zeitschrift 1920 Sp. 315 ff. — Ein Rechtssatz wäre z. B. der in § 305 BGB. enthaltene: gültige Verträge begründen ein Schuldverhältnis.

bewertungssätzen aufzufassen, deren Inhalt nur durch Erkenntnis zu finden wäre, und zwar durch eine Erkenntnistätigkeit, die nicht auf die Würdigung aus dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit oder der Sittlichkeit abgestellt sein dürfte, sondern von dem Gesichtspunkt des Rechts geleitet sein müßte. Dieser Gesichtspunkt wäre von den beiden anderen etwa so zu scheiden, daß man der Zweckmäßighkeitsbeurteilung die objektive Wertung der Handlungsziele im Hinblick auf das Gemeinwohl und die Prüfung der Tauglichkeit zur Zielerreichung, der Sittlichkeit die Würdigung der Absicht des Handelnden, die Frage des guten Willens, dem Recht dagegen ausschließlich die Würdigung einer Handlung im Hinblick auf das Willensvermögen anderer vorhandener Willenswesen ⁴⁾ zuwies. Zweckmäßigkeit und Sittlichkeit würden demnach den Handelnden vor falschen Zielen und schlechter Absicht bewahren, sie geböten ihm, wie er sich verhalten solle, während das Recht das Willensvermögen selbst vor Verletzung bewahren und in erster Linie nicht den Handelnden, sondern den von einer Handlung Betroffenen ins Auge fassen würde. Etwas anders gewendet und sehr verkürzt könnte man auch sagen: Die Zweckmäßigkeit schützt die Anderen gegen den Einen, die Sittlichkeit den Einen gegen sich selbst, das Recht den Einen gegen die Anderen. Jedenfalls ist hier nach ersichtlich, daß nicht etwa ein Zwang zur Gleichsetzung von Recht und Ordnung besteht und daß auch die Urteilstheorie einen deutlich abgegrenzten Rechtsbegriff besitzen könnte. Heute faßt man das Recht nun wohl allgemein als die über eine entsprechende Zwangsgewalt verfügende äußere Lebensordnung eines Gemeinwesens auf; man huldigt also der Ordnungstheorie. Mit ihr ist gleichzeitig die Positivität des Rechts ausgesprochen, denn eine nur gedachte, nicht wirklich in Kraft stehende Ordnung wäre keine Ordnung, die in Betracht kommen könnte. Diese Ordnungstheorie entstammt dem Gedankenkreise der historischen Schule; dem Naturrecht war sie als solche fremd gewesen. Dieses hatte mit allen Kräften um die Wesenserkenntnis des Rechts gerungen und die Grundlage allen Rechts in einem Urtrieb oder in einem Ver-

⁴⁾ Als solche kommen ohne weiteres nur zwei Arten in Betracht: die Einzelmenschen und deren höchste Willensorganisationen (heute die Staaten). Bei beiden führt die rechtliche Würdigung des Vorhandenen, des Tatbestandes, welche nicht Aufgabe der Philosophie, sondern der Jurisprudenz ist, heute unmittelbar zur Zuerkennung des Attributs der Rechtspersönlichkeit; sie sind im Rechtssinn die natürlichen Personen und daher — vgl. Anm. 31 — Rechtsinstitute, während alle anderen Rechtspersonen Ordnungsinstitute sind. Das Rechtsgefühl des Volkes neigt dazu, nur dem Einzelmenschen, die Ordnungstheorie umgekehrt dazu, nur dem Staat natürliche Rechtspersönlichkeit zuzudenken.

nunftprinzip zu finden geglaubt, aus welchem es die einzelnen Beurteilungssätze für die dem forum externum unterstehenden menschlichen Handlungen, die Rechtssätze, ableitete; aus diesen Rechtssätzen ergab sich ihm auch die Möglichkeit und Verbindlichkeit positiver Gesetze innerhalb des unüberschreitbaren naturrechtlich vorgezeichneten Spielraums. Damit war das Gebiet des Rechts mit all seinen Höhen und Tiefen einschließlich der rechtskritischen Stellungnahme zu bestehenden Ordnungen für die freie menschliche Erkenntnistätigkeit in Anspruch genommen, das Recht wurde nicht mehr als eine dem menschlichen Geist von außen bindend vorgegebene Ordnung angesehen, sondern war als ein ihm aufgegebenen Beurteilungsgesichtspunkt erkannt. So scheint das Naturrecht der Ordnungstheorie abgesagt und die Urteilstheorie auf den Schild erhoben zu haben, und in der Tat war ja wohl sein innerstes Bestreben auf diesen Stellungswechsel gerichtet. Es hat jedoch — was bei aller Ehrfurcht vor seinen Leistungen ausgesprochen werden muß — sein Ziel nicht erreicht und konnte es nicht erreichen, weil es rationalistisch verfuhr, die rationalistische Methode im Ergebnis aber immer wieder zu einer Ordnungstheorie führt. Der Rationalismus nimmt ein oberstes Prinzip an, aus dem er dann ein ganzes System von Obersätzen ableitet, nach welchen sich das rechtliche Verhalten und die rechtliche Beurteilung richten soll; der einzelne Fall wird auf dem Wege der Subsumtion nach den auf die angegebene Weise gewonnenen und zur Verfügung bereitstehenden, bindenden Rechtsobersätzen beurteilt. Das durch Vernunftbegründungen gefundene Rechtssatzsystem wirkt also nicht wesentlich anders, als ein durch eine positive Gesetzgebung gegebenes, nämlich als vorgegebene Ordnung, wenn auch nicht für den Geist als solchen, so doch für die Beurteilung des Einzelfalles, auf die es ja schließlich immer ankommt. Der Gedanke, das Recht vom Einzelfall aus durch eine bestimmt geartete, von einem bestimmten Leitgesichtspunkt beherrschte Beurteilung zu finden und aus den hier gewonnenen Einzelerkenntnissen dann Obersätze zu bilden, die aber keineswegs bindend sein könnten, sondern jederzeit der erkenntnismäßigen Berichtigung zugänglich sein müßten, kurz ein induktives, empirisches Verfahren, das vermöge des Erfordernisses der Wahrheit ebensowenig wie auf anderen Erkenntnisgebieten zur Willkür führen würde, all dies konnte für das Naturrecht, für den deduktiven Rationalismus nicht in Betracht kommen. Merkwürdigerweise schlug aber auch die historische Schule nicht diesen Weg ein, um zur Rechtsempirie zu gelangen. Sie sah voll tiefen und begreiflichen Mißmuts die Widersprüche, die schließliche Ergebnisleere und die zum Teil verderblichen Folgen der natur-

rechtlichen Theorien, befaßte sich aber zunächst nicht näher mit dem Wesen des Rechts, sondern wandte alle Aufmerksamkeit der Frage zu, ob die Rechtssätze denn wirklich durch Vernunftoperationen gefunden werden könnten oder ob sie nicht vielmehr auf andere Weise „entständen“ und daher „empirisch“ zu erfassen seien. Die Antwort ist bekannt; man nahm nunmehr an, daß die Rechtssätze nicht von der Einzelvernunft zustandegebracht, sondern daß sie durch das stille, heilige Walten des Volksgeistes erzeugt würden, für die Erkenntnis sohin erst vorhanden seien, wenn die Gemeinschaftsvernunft den Setzungsakt vollzogen habe; die (ordnende) Rechtsvernunft war also gewissermaßen sozialisiert worden⁶⁾. Dem entsprach es, daß nicht das Gesetz, welches dem Naturrecht viel näher lag, sondern die Gewohnheit die Lieblingsrechtsquelle der historischen Schule in ihrer Früh- und Glanzzeit war. Die Rechtsinstitute und Rechtsverhältnisse, in denen sich die Überzeugungen oder der Wille des Volksgeistes kundgeben, ihre Entstehung und Entwicklung traten in den Vordergrund⁶⁾, man sah im Recht — und zwar dies in voller Abkehr vom Naturrecht — wieder die tatsächliche Regelung, das Wirkliche galt wieder als gottgegeben und vernünftig. Welche geistesgeschichtlichen Ursachen dieser veränderten Auffassung zugrunde lagen, kann hier dahingestellt bleiben, jedenfalls war man von der Urteilstheorie, in deren Dienst sich das Naturrecht gestellt hatte, wieder offen zur Ordnungstheorie zurückgekehrt und *Stahl* konnte die Wesenheit des Rechts demgemäß dahin bestimmen, daß es die mit äußerer Macht ausgestattete positive menschliche Ordnung (zur Durchführung der Weltordnung Gottes) sei⁷⁾. Und dennoch, ganz ähnlich wie die Urteilstheorie für das Naturrecht mehr Ziel als Erfolg war, so war auch für die historische Schule die Ordnungstheorie zunächst mehr ein Programm als eine Erfüllung. Denn solange das Gewohnheitsrecht für das wahrhafte und eigentliche Recht galt, blieb wegen der Vieldeutigkeit und Ergänzungsbedürftigkeit der Gewohnheiten dem menschlichen Geist ein erhebliches Maß von Freiheit auf dem Ge-

⁶⁾ Man sah darin — ähnlich heute *Binder*, *Rechtsphilosophie* S. 421, 652⁷⁾, 768, *Manigk*, *Wie stehen wir heute zum Naturrecht* S. 28, *Idee des Naturrechts* S. 10 — den einzig möglichen Schutz gegen die Ausschreitungen der Einzelvernunft. In der Tat ist die Einzelvernunft, zumal wenn ihr, wie es geschehen war, auch die Aufgabe zugeordnet ist, die Ordnung zu setzen, gefährlich, aber auch auf dem Gebiete der Rechtsfindung ist sie wegen ihres nicht zu zügelnden Souveränitätsgefühls bedenklich; dagegen ist der empirische Verstand, wenn man ihm nur die Rechtsfindung zuweist, harmlos.

⁶⁾ Vgl. *Savigny*, *System* Bd. 1 §§ 4–7.

⁷⁾ *Philos. des Rechts* Bd. II b S. 192, 218.

bierte der Rechtsfindung, der rechtlichen Beurteilung, gewahrt; die Lehre von der Repräsentation des Volksgeistes durch die Juristen⁸⁾ sollte der theoretischen Rechtfertigung dieser Tatsache dienen. In dieser Richtung war also der Bruch mit dem Naturrecht anfänglich nicht sehr tief; die Urteilstheorie war im Ergebnis keineswegs verlassen. Zu ihrer völligen Ausrottung oder doch zu ihrer öffentlichen Verfemung kam es erst, als vermöge des Kodifikationsprinzips das Gesetz den Sieg über die Gewohnheit davontrug und diese aus dem Rechtsquellenkatalog geradezu gestrichen wurde. Jetzt wurde gemäß der Ordnungstheorie das Gesetz das Recht, neben welchem nichts anderes in Betracht kommen und das seine Verbindlichkeit aus sich selbst, aus seinem bloßen machtvollen Vorhandensein schöpfen sollte. In dieser Gestalt steht, wie man trotz mancher Anfechtung⁹⁾ wohl ruhig sagen kann, die Ordnungstheorie des Rechts noch heute in Kraft¹⁰⁾.

Ist sie richtig, ist wirklich die Ordnung das Recht? Die Frage könnte müßig erscheinen. Ihre unmittelbare praktische Bedeutung erschließt sich vielleicht nicht auf den ersten Blick, auch mag man einen Rückfall in das „überwundene“ Naturrecht befürchten. Wie es mit dieser Überwindung bestellt ist, darüber wird am Schlusse noch zu sprechen sein. Was sich dabei aber auch ergeben mag,

⁸⁾ Savigny, Beruf 1892 Seite 7; Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. II S. 146 ff.

⁹⁾ Vgl. z. B. die bei Manigk, Idee des Naturrechts S. 1 ff. angeführten.

¹⁰⁾ Darmstaedter, Recht und Rechtsordnung S. 120, stellt zwar das Verbindlichkeitserfordernis auf, daß die Rechtssätze dem guten Willen, der praktischen Vernunft des Gesetzgebers entspringen müßten, erklärt aber bei Erfüllung dieses Erfordernisses die Ordnung für das Recht. Auch nach Binder (Rechtsphilosophie z. B. S. 626, 686, 702, 749, 762) ist die positive Ordnung das Recht; sie gilt, wenn sie existiert. Allerdings scheint er ebenfalls dem Urteilsvermögen des erkennenden Geistes eine gewisse Kritik zuzugestehen, z. B. wenn er die Unmöglichkeit des Hochverrats gegen eine von anderen als den erforderlichen transpersonalistischen Gedankengängen geleitete Staatsordnung darlegt (S. 636) oder (S. 785 f., 824) einer Ordnung, welche die transpersonalistische Idee des Rechts nicht zu erfüllen suche oder sich dem unbedingten Gesetz der Sittlichkeit entziehe, den Rechtscharakter abspricht, obwohl (z. B. S. 750) auch eine der Rechtsidee nicht entsprechende Ordnung das Recht sei. Emge, Vorschule der Rechtsphilosophie, scheidet zwar nicht Ordnung und Recht, wohl aber soziologische Unterlagen und Recht (S. 28), Bestimmung (Regel) und Norm (S. 30). Wo der Inhalt einer Norm sich nach dem Inhalt einer faktischen Bestimmung richte, liege eine gemischte Norm vor (S. 38); eine solche sei das Recht (S. 43, 69). Die Bestimmungen, die Ordnung, sind also als gemischte Normen das Recht. Diejenige Ordnung, deren Identifizierung mit dem Recht er S. 35 sub 2 ablehnt, ist das tatsächliche soziale Verhalten, nicht wie bei uns die (tatsächlich) gebotene Ordnung.

das allgemeine Urteil über die Zuverlässigkeit und Tragfähigkeit unserer juristischen Grundannahmen, ja, über die Haltbarkeit und Sinnhaftigkeit unserer Ergebnisse fordert zu einer Selbstprüfung immer wieder gebieterisch heraus. Die in Juristenkreisen wie im Volk bestehenden tiefen Zweifel an der Ersprößlichkeit unseres ganzen Rechtsdenkens beweisen doch wohl, daß wir vor einem Fragenzusammenhang stehen, der von der endgültigen Geklärtheit weit entfernt ist, obwohl wir unsere gesetzgeberischen, richterlichen und sonstigen rechtlichen Geschäfte streng genommen doch nicht eher ausüben dürften, als wir jene endgültige Geklärtheit erreicht hätten. So mag es gestattet sein, einen weiteren Versuch zur Lösung der schon vielfach wieder in Angriff genommenen Kernfrage der Rechtsphilosophie gerade in einem Hefte beizusteuern, das dem höchsten deutschen Rechtsamt gewidmet ist. Dabei soll von einem Gesichtspunkt ausgegangen werden, der, obwohl bereits mannigfach erörtert, in seiner überragenden Bedeutung doch noch nicht erkannt zu sein scheint, von dem Gesichtspunkt der Geltung. Sollte sich nämlich ergeben, daß die Geltung einer Ordnung und die Geltung des Rechts ganz verschiedene Dinge sind, so wäre die Ordnungstheorie des Rechts widerlegt und damit möglicherweise gleichzeitig etwas Entscheidendes zu Gunsten der Urteilstheorie gewonnen.

Wenn wir von irgend etwas Geltung (Verbindlichkeit)¹¹⁾ aussagen, so tun wir dies unvermeidlich mittels eines Erkenntnissatzes. Ist er wahr, so kommt jenem Etwas Geltung zu, ist er falsch, so besteht jene Geltung nicht. Alle Geltung ist also auf die Wahrheit des sie aussprechenden Erkenntnissatzes angewiesen. Freilich kann eine bestehende Geltung von uns auch verkannt werden, so daß wir sie übergehen oder fälschlicherweise gar absprechen, Abhilfe könnte jedoch auch hier nur durch die Berichtigung unserer Erkenntnis geboten werden, denn auf andere Weise ist, wie alles, so auch die Geltung für uns überhaupt nicht erfaßbar. Wir können daher sagen: gelten kann nur dasjenige, dem ein wahrer Erkenntnissatz Geltung zuspricht, nicht gelten nur dasjenige, dem ein wahrer Erkenntnissatz sie abspricht. Diese Feststellung trifft zu, gleichgültig, ob wir unter Geltung etwas Vorhandenes, z. B. die

¹¹⁾ Lieberts sehr lehrreiches und verdienstliches Werk „Das Problem der Geltung“ geht auf die Geltungsfragen der einzelnen Sondergebiete, so auch des Rechts, planmäßig nicht ein. Eine Auseinandersetzung mit den auf dem Boden der Ordnungstheorie stehenden Geltungslehren (z. B. Binder, Rechtsphilosophie S. 749 ff., Wolff, Grundlehre des Sollens S. 193 ff.; Emge, Vorschule, S. 81 ff.; auch Manigk, Idee des Naturrechts S. 2 mit Zitaten) ist hier, wo gerade die Berechtigung der Ordnungstheorie in Frage gestellt wird, nicht tunlich.

allgemeine Anerkennung verstehen, welcher gemäß der Erkenntnis-satz Geltung zusprechen müßte, um wahr zu sein, oder ob wir uns unter Geltung einen geistigen Wert vorstellen, den der Erkenntnis-satz selbst zu vergeben hätte. Im ersten Fall würde die Wahrheit unseres Erkenntnis-satzes davon abhängen, ob er die vorhandene Geltung richtig wiedergibt, im zweiten davon, ob er die ihm selbst obliegende Geltungswerterteilung richtig vornimmt, aber in beiden Fällen müßten die Geltung auf der einen Seite, die Wahrheit unseres Satzes auf der anderen Seite Hand in Hand gehen. Was ist nun aber die Wahrheit eines Erkenntnis-satzes selber anderes, als eine Geltung oder genauer, als ein Geltungswert? Mag das Kennzeichen der Wahrheit in der sogenannten Übereinstimmung mit der Wirklichkeit oder in der Erfüllung einer Eigengesetzlichkeit oder in der Evidenz oder in einem biologischen Nutzeffekt oder worin immer bestehen, jedenfalls ist ein Erkenntnis-satz, wenn er wahr ist, für unser Denken und weiteres Erkennen in dem Sinne verbindlich, daß wir uns nach ihm richten müssen; er gebietet gewissermaßen unserem Denken, und je nach seiner Art mittelbar oder unmittelbar auch unserem Handeln, sich ihm zu fügen, uns an ihn zu halten, ihn zu befolgen. Diese geistige Verbindlichkeit des wahren Erkenntnis-satzes ist die Ur- und Grundform aller Geltung¹²⁾, wir dürfen sie daher als die ursprüngliche Geltung bezeichnen und auszeichnen, schon weil nur sie uns den Weg zu etwa bestehenden anderen Geltungsarten, den abgeleiteten Geltungen, eröffnet. Die ursprüngliche Geltung kann nur Erkenntnis-sätzen zukommen, da nur sie wahr sein können, und Erkenntnis-sätze sind niemals vorgegeben, sondern stets eine freie Leistung des menschlichen Geistes. Das bedeutet nicht, daß er willkürlich vorgehen dürfte, davor schützt das Erfordernis der Wahrheit und die Begründungspflicht. Vielmehr ist damit lediglich gesagt, daß die Wahrheit nur frei erkannt werden kann und daß es nichts Unverbindlicheres gibt, als irgend wessen Befehl an den erkennenden Geist, dies oder jenes für wahr (oder auch: für geltend) zu halten.

Sehen wir nun zu, wie es sich mit der Geltung der Ordnung verhält. Zunächst müssen wir feststellen, daß die Ordnung geltungsbedürftig ist, um Ordnung sein zu können. Eine Ordnung, die dem Einzelwillen nicht als etwas Überlegenes gegenübertritt, die für ihn nicht verbindlich ist, wäre keine Ordnung. Die Einhaltung der Ordnung kann nicht dem Belieben der Unterworfenen anheimstehen, sondern die Ordnung muß für sie gelten. Diese Geltung,

¹²⁾ Vgl. Liebert, Das Problem der Geltung, S. 99 f.

ob sie sich nun aus dem bloßen Vorhandensein der Ordnung ergeben oder von etwas anderem abhängen mag, wäre notwendigerweise etwas ganz anderes, als die der Wahrheit eines Erkenntnis-satzes innewohnende Geltung und Verbindlichkeit. Die Ordnung besteht nicht aus Erkenntnissätzen, sondern aus Willensanordnungen, ihre Geltung kann also unmöglich jene ursprüngliche Geltung sein. Um zu erkennen, von welcher anderen Art sie sei, wollen wir wieder, wie oben das Kriterium der Wahrheit, so hier die Gründe und Kennzeichen der Ordnungsgeltung zwecks Entlastung des Gedankenverlaufs dahingestellt sein lassen und nur fragen: worauf die Geltung einer Ordnung auch beruhen mag, worin kann sie, worin muß sie bestehen? Was ist ihre Bedeutung? Gehen wir die möglichen Geltungswerte — mit Ausnahme des bereits ausgeschiedenen Urgeltungswertes „Wahrheit“ — durch, so können wir sogleich einen weiteren von vornherein außer Betracht lassen, nämlich den ästhetischen, wie wohl keiner näheren Ausführung bedarf. Die übrigbleibenden Geltungswertgesichtspunkte sind die der Zweckmäßigkeit, der Sittlichkeit und des Rechts, zu welchen aber noch ein sehr wichtiger hinzutritt, nämlich der Geltungswertgesichtspunkt des Wirklichseins oder, wie wir ohne eine Sinnänderung zu beabsichtigen, zu sagen vorziehen, der des Bestandes. Das Wirkliche (Bestehende) unterscheidet sich vom Unwirklichen (Nichtbestehenden) auf eine Weise, die durchaus dem Unterschiede einer Geltung von einer Nichtgeltung entspricht. Das Wirkliche zwingt uns, es zu beachten, uns ihm anzupassen, unser Verhalten nach ihm einzurichten; es ist für uns in diesem Sinne verbindlich und geltend. Doch muß sogleich gesagt werden, daß es nicht der Geltungsgesichtspunkt des Bestandes, des Wirklichvorhandenseins sein kann, der uns zu genügen vermöchte, wenn wir eine Ordnung für geltungsbedürftig erklären. Das heißt also nicht, daß ihr die Geltung des Bestandes fehlen dürfte, im Gegenteil, wenn eine Ordnung nicht einmal das Geltungserfordernis des Wirklichseins erfüllt, wenn sie nur gedacht und vorgeschlagen, nicht wirklich geworden ist, wenn die auf sie abzielenden Willensanordnungen (sei es in ausdrücklicher, sei es in stillschweigender Form) gar nicht vorliegen, haben wir überhaupt nichts mit ihr als einer geltenden zu schaffen. Aber es genügt nicht, daß eine Ordnung bloß wirklich sei, daß sie gesetzt sei und vielleicht auch tatsächlich befolgt werde, sie muß noch einen weiteren Geltungswert, noch eine andersartige Verbindlichkeit haben¹³⁾. Denn dem, was nur wirklich

¹³⁾ Die Sitte bedarf keiner derartigen weitergehenden Verbindlichkeit, um Sitte zu sein; auch die Unsitte ist Sitte, aber gewiß nicht verbindlich. Insofern ist die Sitte in der Tat nur einladend (Stammler).

ist, dürfen wir uns auch in der Weise anpassen, daß wir es unwirklich machen, es beseitigen, wenn es uns nicht behagt; damit wäre ihm dann seine bisherige einzige Verbindlichkeit wieder entzogen. Das würde bedeuten, daß die Ordnung (schon vor ihrer Aufhebung) gegen Zuwiderhandlungen unempfindlich wäre, daß sie jederzeit zu verschwinden bereit, sich durch Nichtbefolgung ruhig außer Kraft setzen lassen wollte. Es ist aber gerade umgekehrt der Sinn der Ordnung, sich gegen Zuwiderhandlungen durchzusetzen, eben weil sie Ordnung sein will, und dies vermag sie nach dem Ausgeführten nur, wenn sie mehr als bloß wirklich ist, wenn sie einen anderen Geltungswert in sich birgt, als nur den des Vorhandenseins, des Bestandes. Dadurch, daß eine Macht bereit steht, welche Zuwiderhandlungen verhindert und gegen sie einschreitet, erfährt die Ordnung noch nicht den erforderlichen Geltungszuwachs¹⁴⁾. Die Macht wäre bestenfalls nur imstande, den Geltungswert des Bestandes, des Vorhandenseins, aufrechtzuerhalten, dagegen ist sie außer allem Stande, ihm einen anderen Geltungswert, wie er nach dem Ausgeführten erforderlich ist, zu verleihen. Der Macht als solcher kommt ja selber kein anderer Geltungswert, als der des bloßen Vorhandenseins zu; auch ihrem Vorhandensein kann man sich also, wenn kein anderer Geltungswert entgegensteht, ohne irgendeiner Rüge, als höchstens einem geistig ganz unerheblichen Tadel durch die Macht zu verfallen, dadurch anpassen, daß man sie beseitigt, sie überwindet. Ein solch weitergehender, Ordnung und Macht von innen heraus schützender, ihre Verletzung einer Rüge aussetzender Geltungswert könnte in ihrer Zweckmäßigkeit (z. B. in ihrer Tauglichkeit zur Förderung des Gemeinwohls) bestehen, und sicherlich sollte jede Ordnung zweckmäßig sein. Auch ist in gewissem Sinne Ordnung an sich etwas Zweckmäßiges und eine schlechte Ordnung immer noch besser als gar keine. Trotzdem kann die Geltung und Verbindlichkeit einer Ordnung nicht von der Zweckmäßigkeit abhängen; es ist im Gegenteil nur eine bereits aus einem anderen Grunde verbindliche Ordnung zweckmäßig. Denn wenn eine Ordnung durch tatsächlich kundgegebene Willensanordnungen gesetzt ist und nun die Frage ent-

¹⁴⁾ Dagegen ist ganz richtig, daß eine Ordnung, die auf eine Durchsetzungsmacht verzichtet, damit ihren Geltungsanspruch in Frage stellt. Die Zwangstheorie hat also für die Ordnung einigen Sinn. Gewöhnlich bedeutet sie aber die Annahme, dasjenige, was erzwingbar sei, sei das Recht, während man nur umgekehrt sagen kann: was rechtmäßig ist, ist grundsätzlich auch zum Zwang berechtigt, eben weil es rechtmäßig ist, seine Durchsetzung also kein Willensvermögen verletzt. Das Rechtmäßige bleibt aber rechtmäßig, auch wenn die Erzwingbarkeit tatsächlich oder rechtlich fehlt.

steht, ob zu ihrer Beachtung irgendeine Verbindlichkeit bestehe, kommt es auf die Zweckmäßigkeit des Inhalts nicht an, und zwar schon deswegen, weil man immer bereits das bloße An-Sich der Ordnung als zweckmäßig bezeichnen könnte. Diese An-Sich-Zweckmäßigkeit müßte dann aber jeder gesetzten, d. h. tatsächlich verkündeten Ordnung zukommen. Daher könnten ohne weiteres beliebig viele Ordnungen von allen sich berufen Fühlenden verkündet werden, die inhaltlich zweckmäßigste von allen, oder, da es darauf nicht ankommen soll, jede von ihnen wäre dann wegen ihrer An-Sich-Zweckmäßigkeit verbindlich, aber gerade dadurch wäre diese und alle andere Zweckmäßigkeit offensichtlich verloren und in höchste Unzweckmäßigkeit verwandelt, da unter der Parole der Zweckmäßigkeit der wildeste Ordnungskampf proklamiert und aus Ordnung Unordnung geworden wäre. Sucht man daher nach einem Ausleseprinzip für die konkurrierenden, Verbindlichkeit beanspruchenden Ordnungen, so wird man wohl sofort sagen: Die von einem zum Erlaß der Ordnung nicht Befugten ausgehende Ordnung ist ohne alle Rücksicht auf ihre etwaige inhaltliche Zweckmäßigkeit sicher unverbindlich, und Befugnisse werden nicht von der Zweckmäßigkeit, sondern von einer anderen Instanz erteilt. So wenig wie hiernach von der Zweckmäßigkeit kann aber das weitergehende Geltungsbedürfnis der Ordnung von der Sittlichkeit befriedigt werden. Wir können in dieser Hinsicht das soeben Gesagte mit einer entsprechenden Veränderung einfach wiederholen: Nur eine bereits aus einem anderen Grunde verbindliche Ordnung kann sittliche Geltung beanspruchen, und wenn eine Ordnung auch allen sittlichen Anforderungen entspricht, der Anordnende noch so sehr „guten Willens“ ist, — fehlt ihm die Befugnis zum Erlaß der Ordnung, so ist sie trotz aller Sittlichkeit unverbindlich. Dabei lassen wir es völlig dahingestellt, ob etwa einer Ordnung im Einzelfall wegen ihrer Unzweckmäßigkeit oder wegen eines sittlichen Bedenkens die ihr an sich zukommende Verbindlichkeit auf irgendeine Weise abzusprechen sein kann, und fassen zusammen: Eine Ordnung muß verbindlich sein, um in Betracht zu kommen, und sie kann verbindlich nur sein, wenn ihr noch ein anderer Geltungswert als der des bloßen Wirklichseins, des Bestandes, zukommt; dieser Geltungswert kann weder der der Wahrheit oder der Schönheit, noch der der Zweckmäßigkeit oder Sittlichkeit sein. Der Schluß ist daher: also muß der Ordnung Rechtsverbindlichkeit zukommen, wenn sie das besitzen soll, worauf sie angewiesen ist, nämlich Geltung (Verbindlichkeit). Wie könnte es auch anders sein, ist doch das Erfordernis der Befugnis zum Erlaß (und zur Aufhebung) der Ordnung, das Zuständigkeitserfordernis, ein typisch

rechtliches; es besteht schon gegenüber der obersten Ordnung, der Verfassung, und nicht etwa nur innerhalb ihrer, sonst könnte z. B. der französische Staatswille mit Rechtsverbindlichkeit eine Verfassung für England aufstellen. Außer dem Zuständigkeits-erfordernis muß eine Ordnung noch anderen rechtlichen Geltungsbedingungen genügen, wenn sie rechtsverbindlich sein soll, doch kann hierauf im einzelnen nicht eingegangen werden; es sind dies ja alles rechtseinzelswissenschaftliche Fragen. Uns aber nimmt nunmehr eine weitere grundsätzliche Frage in Anspruch, die Frage nämlich, wer die, wie wir gesehen haben, notwendigen Erkenntnis-sätze zu finden und kundzutun hat, welche sich darüber aus-sprechen, ob einer Ordnung die abgeleitete Geltung „Rechts-verbindlichkeit“, deren sie bedarf, zukomme oder fehle. Sicherlich kann dies nicht Sache der Ordnung selber sein; sie kann nur Willensanordnungen treffen, aber nichts erkennen und keine Er-kenntnisse kundgeben. Sie kann natürlich erklären, ob sie über-haupt gelten will (z. B. erst von einem bestimmten Zeitpunkt ab oder nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt), ob und in welcher näher bestimmten Weise sie also den Geltungsanspruch erhebt, aber ob ihr der Geltungsanspruch wirklich zusteht, ob ihr die not-wendige Rechtsverbindlichkeit wirklich zukommt, darüber kann sie nicht verfügen. Es liegt nicht in ihrem Vermögen, dem erken-nenden Geist zu befehlen: Du mußt meine Rechtsverbindlichkeit annehmen; derartige Befehle sind, wie bereits bemerkt, das Un-verbindlichste von allem Unverbindlichen¹⁵⁾. Die Geltung einer Ordnung kann vielmehr, wie alles zu Erkennende, nur von dem freien menschlichen Geist ermittelt werden. Er hat die einer Ord-nung zukommende abgeleitete Geltung „Rechtsverbindlichkeit“ ihr zuzusprechen, wenn er sie als zuzusprechen vorfindet, und dies ist der Fall, wenn das Recht sie ergibt, wenn also tatsächlich Rechts-verbindlichkeit vorliegt. Was ist nun aber ihrerseits diese Rechts-verbindlichkeit? Wir meinen damit wieder nicht die Frage nach den Voraussetzungen, unter denen sie zu bejahen sei, sondern die Frage, worin sie bestehe, mögen ihre Voraussetzungen welche immer sein. Nun wird man unter Rechtsverbindlichkeit nichts anderes verstehen können, als eine vom Recht zugesprochene

¹⁵⁾ Es ist dies einer der Gründe, aus welchen sich ergibt, daß die Geltung der Rechtsquellenlehre nicht gesetzlich usw. befohlen werden, sondern daß diese Lehre nur gelten kann, wenn sie wahr ist. So z. B. Somló, Grundlehre S. 127, vgl. auch S. 320, ferner den Verf. in Leipziger Zeitschrift 1918 Sp. 1242. Allerdings nimmt Somló die Wahrheit der Rechtsquellenlehre an oder setzt sie, genauer gesagt, voraus (a. a. O. S. 54), während der Verf. in Leipziger Zeitschr. 1919 Sp. 838 ihre Wahr-heit bestreitet.

Verbindlichkeit; diese aber könnte entweder diejenige sein, die das Recht selbst besitzt — woraus sich dann ergäbe, daß die Ordnung das Recht wäre¹⁰⁾, oder es könnte eine Verbindlichkeit sein, die das Recht der Ordnung und anderen Willenskundgebungen nur zuspricht, nicht aber selbst besitzt. Welche dieser beiden Möglichkeiten zu wählen ist, hängt zunächst von der Beantwortung der Vorfrage ab, ob das Recht seinerseits einer Verbindlichkeit bedürfe, denn sollte dies zu verneinen sein, so wäre schon aus diesem Grunde die Gleichsetzung der Rechtsverbindlichkeit mit der Verbindlichkeit des Rechts ausgeschlossen. Indes ist die Vorfrage ohne Zweifel zu bejahen; ein Recht, das nicht gälte, das unverbindlich wäre, wäre kein Recht, vermöchte keiner Ordnung Rechtsverbindlichkeit zu verleihen und wäre einfach unbeachtlich. An sich wäre es also wohl möglich, die Rechtsverbindlichkeit als die Verbindlichkeit des Rechts zu denken; es ist aber tatsächlich unmöglich. Denn da die Rechtsverbindlichkeit jedenfalls etwas vom Recht Zugesprochenes ist, und zwar etwas von verbindlichem Recht verbindlich Zugesprochenes, so kann sie nicht gleichzeitig die Verbindlichkeit des zusprechenden Rechts ausmachen, sondern muß diese notwendig als in etwas anderem bestehend schon voraussetzen. Das Recht selbst kann also nicht rechtsverbindlich sein, sondern Rechtsverbindlichkeit nur anderem zusprechen; welcher anderen Art die Verbindlichkeit des Rechts sei, bleibt daher erst noch zu ermitteln. Allerdings würde diese Schlußfolgerung aus den Angeln gehoben, wenn wir einen zwiespältigen, einen doppelten Rechtsbegriff annehmen dürften. Dann könnten wir nämlich denken, es gäbe zweierlei Recht, das Verbindlichkeit zuspreche, eines, welches die eigentliche, juristische Rechtsverbindlichkeit austeilte, und ein höheres, philosophisches, vernunftpostuliertes, welches diese Zuteilung und damit das sie vornehmende Recht seinerseits für verbindlich erklärte; jenes untere Recht wäre dann etwa die Ordnung, dieses obere bestände aus Vernunftrechtssätzen. Die beiden Verbindlichkeiten wären dann freilich ebenfalls verschieden, aber gerade dadurch wäre die Annahme der Rechtsqualität der Ordnung ermöglicht. Ein solcher

¹⁰⁾ Dies war, allerdings durch die Annahme eines überpositiven Rechts neben und über dem positiven stark modifiziert, die Anschauung des Naturrechts. Heute ist es etwa die Anschauung Nelsons, wenn er (System der philos. Rechtslehre und Politik, S. 122) die Rechtssätze — mit Ausnahme eines einzigen — positiv und insoweit also die Ordnung das Recht sein läßt, freilich nicht aus deren eigener Kraft, sondern vermöge des allgemeinen Rechtsgesetzes (S. 11). Auch die Auffassung Emges, wonach das Recht eine gemischte Norm ist, gehört wohl hierher; vgl. Anm. 10 a. E.

Doppelbegriff des Rechts ist jedoch ein bloßer terminologischer Kniff ohne jede Aufschlußkraft; er führt aus dem Zirkel nicht heraus. Die Frage, worin das Wesen des Rechts bestehe, kann nur einheitlich beantwortet werden. Etwas Recht zu nennen, was nur rechtsphilosophisch, nicht auch für die Rechtseinzelswissenschaft das Recht wäre und für letztere darum einen besonderen Rechtsbegriff zu erfinden, verbietet sich schon deswegen, weil es unmöglich wäre, aufzuzeigen, warum beides „das Recht“ und doch innerlich voneinander so verschieden sein sollte, daß es trotz des gleichen Namens in keiner einzigen Eigenschaft übereinstimmte¹⁷⁾. Es gibt zwar einen obersten Satz über das Recht, eben den das Wesen des Rechts aussprechenden, aber dieser ist gerade kein Rechtssatz und kann keiner sein; er kann also auch nicht den Inhalt eines Rechtssatzes haben, z. B. nicht Rechtsverbindlichkeit oder Befugnisse zusprechen. Andererseits braucht man nicht die Ordnung aus dem Grunde als Recht aufzufassen, weil man ihr sonst die ihr notwendige Verbindlichkeit nicht verschaffen könnte, denn mit der ihr eröffneten Rechtsverbindlichkeit geschieht ihr volles Genüge, obwohl, ja gerade weil die Verbindlichkeit des Rechts nicht in dieser besteht.

Somit sehen wir bereits hier, daß Ordnung und Recht verschiedene Dinge sein müssen, weil die ihnen beiden unentbehrliche Geltung durchaus verschiedenartig sein muß. Diese Einsicht vertieft sich, wenn wir nunmehr auch positiv zu bestimmen suchen, welche Art von Geltung (Verbindlichkeit) denn die des Rechts sei. Kann sie auf seiner Zweckmäßigkeit oder Sittlichkeit beruhen? Kann also die Rechtmäßigkeit einer Handlung oder einer Ordnung in ihrer Zweckmäßigkeit oder Sittlichkeit bestehen? Die Frage kann in dieser Weise zugespitzt werden, denn wenn das Recht selber wegen seiner Zweckmäßigkeit oder Sittlichkeit gälte, wäre die von ihm ausgeteilte Verbindlichkeit nur eine Unterart der Zweckmäßigkeits- oder Sittlichkeitsverbindlichkeit. Damit wäre freilich nachträglich die Verbindlichkeit des Rechts doch als etwas der Rechtsverbindlichkeit Gleichartiges erwiesen und die Unmöglichkeit, die wir soeben der Annahme dieser Gleichartigkeit entgegenstehend fanden, beseitigt. Zugleich wäre aber auch das Recht als eigener

¹⁷⁾ Daher ist es auch unzulässig, im allgemeinen zwar die Positivität des Rechts, daneben aber einige Naturrechtssätze anzunehmen (etwa: die Staatsgesetze sind rechtsverbindlich, die völkerrechtlichen Verträge sind rechtsverbindlich). Richtig ist zwar, daß die als Beispiel gegebenen Sätze nicht rechtsphilosophische, sondern Rechtssätze wären, aber wie soll es möglich sein, daß ein Rechtssatz bald etwas naturrechtlich zu Erkennendes, bald etwas durch den Staatswillen zu Erzeugendes sei?

Geltungswertgesichtspunkt beseitigt: seine Verbindlichkeit wäre keine eigenwüchsige mehr, sondern eine sich aus der Zweckmäßigkeit oder Sittlichkeit ergebende, und dann könnte in der Tat die Rechtsverbindlichkeit ohne weiteres von derselben Art sein; sie wäre dann eben gar nicht mehr vom Recht, sondern von jenen anderen Instanzen zuerteilt, und trüge ihren Namen nur noch zum Schein. Doch wir haben schon oben gefunden, daß wir, wenn wir von einer Handlung usw. Rechtmäßigkeit aussagen, von ihr gewiß etwas anderes, als Zweckmäßigkeit oder Sittlichkeit aussagen. Ist aber sonach Rechtmäßigkeit und Rechtsverbindlichkeit keine Teilerscheinung aus den Reichen der Zweckmäßigkeit oder Sittlichkeit, so kann auch die Verbindlichkeit des Rechts nicht diesen Reichen angehören¹⁸⁾ und alles, was gegen die Gleichsetzung von Rechtsverbindlichkeit und Verbindlichkeit des Rechts vorgebracht wurde, bleibt in Kraft. Es stehen also nur noch zwei Geltungswerte für das Recht zur Wahl: der des Wirklichseins (des Bestandes) und der der Wahrheit. Die Frage ist daher, ob das Recht etwas durch sein Wirklichvorhandensein oder durch seine Wahrheit zur Geltung Gelangendes ist. Das Erstere wird von der herrschenden Meinung angenommen. Diese Annahme wird nicht dadurch widerlegt, daß, wie wir gefunden haben, das Recht nicht jenes in der (soziologischen) Wirklichkeit anzutreffende und auf Rechtsverbindlichkeit angewiesene Ding sein kann, welches wir als Ordnung bezeichnen, denn es könnte trotzdem etwas durch sein bloßes Wirklichsein Geltendes sein, da es ja noch andere Wirklichkeiten als Ordnungen gibt. Indes, wenn die Geltung des Rechts an sein Wirklichsein geknüpft wäre, so wäre es — und demgemäß auch alle aus ihm abgeleitete Ordnungsgeltung — dem Zufall anheimgegeben. Denn das, was wirklich sein kann, kann ebensovot unwirklich sein, es kann zerstört und ausgelöscht werden. Das Recht ist jedoch eine höhere Macht, die von niemandem aus der Welt geschafft werden kann; selbst wenn einmal nur noch Unrecht geschähe, würde dadurch das Recht als solches nicht im mindesten entkräftet und es kann keine noch so neuartige Beziehung zwischen Menschen oder Menschenverbänden geben, die nicht sofort der rechtlichen Würdigung zugänglich wäre¹⁹⁾, während

¹⁸⁾ Das bedeutet nicht, daß das Recht nicht etwas Zweckmäßiges und wohl auch Sittliches wäre, wie es ohne Zweifel ja auch etwas Nützliches ist. Aber all dies kann es gewissermaßen nur im Nebenberuf, nur dadurch sein, daß es zunächst einmal das Recht ist, und das ist es aus anderen als aus Nützlichkeits-, Zweckmäßigkeits- oder Sittlichkeitsgründen.

¹⁹⁾ Das Völkerrecht ist also so wenig wie anderes Recht von „Rechtsquellen“ abhängig.

es an einer Ordnung für sie natürlich noch fehlen könnte. Das Recht steht also nicht, wie die Ordnung, etwas Wirklich-Seiendem, sondern dem Wirklich-Sein selber gleich, das ja ebenfalls, im Gegensatz zu jedem einzelnen wirklich-seienden Ding, nicht zum Verschwinden gebracht werden kann. Freilich wird man all dies in Abrede zu stellen geneigt sein, da der Gedanke, daß das Recht solch eine höhere Macht sei, allmählich sachlich ganz in Verruf gekommen ist und eigentlich nur noch — allerdings wenig folgerichtig — als Redeschmuck gebraucht wird. Sehen wir daher etwas näher zu, in welcher Gestalt das Recht allein wirklich sein könnte. Es würde letzten Endes immer in Sätzen (in Rechtssätzen) bestehen müssen; sie mögen nicht formuliert, sondern erst irgendwie zu Tage zu fördern sein, aber ehe wir sie nicht auszusprechen verstanden hätten, hätten wir das Recht nicht gewonnen. Diese Rechtssätze brauchen keineswegs Obersätze zu sein, auch der Satz: „in diesem Rechtsstreitfall zwischen A und B hat A aus dem und dem Grunde Recht“ wäre ein Rechtssatz, ein Satz, in welchem eine rechtliche Würdigung vollzogen wird. Solche Sätze können nun nur zweierlei Herkunft haben: sie können entweder Willenskundgebungen oder Erkenntnisse sein (mag diese Erkenntnis auf Gefühlen oder auf verstandesmäßiger Verarbeitung von Sinnesindrücken beruhen). Wenn wir nun aber auch bereits festgestellt haben, daß Willensanordnungen, um auch nur als Ordnung gelten zu können, nicht nur vorhanden, sondern auch rechtsverbindlich sein müssen und daß Erkenntnissätze auf den Geltungswert „Wahrheit“ angewiesen sind, es also schwer vorstellbar sein mag, daß beide durch ihr bloßes Vorhandensein ohne Rücksicht auf Rechtsverbindlichkeit oder Wahrheit das Recht sein sollten, so liegt in dieser Vorstellungsschwierigkeit doch noch keinerlei Beweis; die Eigenart des Rechts könnte ja gerade in einer solchen Sonderbarkeit bestehen. Auch mit dem Begriffe des (echten) Sollens wollen wir nicht arbeiten. Denn nicht nur ist er selber ganz ungeklärt, es wäre auch durchaus möglich, daß das Recht, ähnlich etwa wie eine Naturwahrheit, ein Befolungsgebot selber gar nicht enthielte, sondern, dieserhalb auf andere Instanzen (Nützlichkeit, Zweckmäßigkeit, Sittlichkeit) verweisend, nur das rechtlich Seiende und die rechtlichen Folgen seiner Mißachtung feststellte und hinsichtlich der Frage der Gesolltheit lediglich den anderen Instanzen den allerdings unentbehrlichen Anknüpfungspunkt böte. Um zur Entscheidung zu gelangen, muß vielmehr ein ganz anderer Gedanken-gang herangezogen werden. Wenn wir von etwas Vorhandenem aussagen, es sei das Recht, so sagen wir damit von ihm unvermeidlich mehr und anderes aus, als Vorhandenheit, nämlich, daß es

jenen Geltungswert verkörpern, der uns zur Benennung als Recht befugt; anderenfalls wären wir schon nicht imstande, das Recht aus anderen Vorhandenheiten auszusondern. Aus diesem Grunde haben wir eingangs den Geltungswert des Rechts als einen selbstständigen neben dem des Bestandes und den anderen aufgeführt, aus diesem Grunde können wir freilich auch nicht in Analogie zu der obigen Beweisführung, welche zum Ausschluß der Zweckmäßigkeit und Sittlichkeit als möglicher Rechtsgeltungsgesichtspunkte gelangte, etwa sagen: Da die Rechtsverbindlichkeit eines Willensakts, wie dargetan, nicht in seinem bloßen Vorhandensein bestehen kann, kann auch die Verbindlichkeit des Rechts nicht in seinem bloßen Vorhandensein bestehen. Denn Sittlichkeit und Zweckmäßigkeit sind im Gegensatz zum Bestand selber Geltungswerte ähnlicher Art, wie der des Rechts — sie mögen als Bedeutungsgeltungswerte bezeichnet werden — ihre Verwendbarkeit würde daher eine Aufsaugung des Rechts darstellen. Ist es also auch unmöglich, daß die Verbindlichkeit des Rechts die der Zweckmäßigkeit oder Sittlichkeit sei, weil Rechtmäßigkeit etwas anderes als Zweckmäßigkeit oder sittliche Wertbejahung ist, so wäre es an sich doch sehr wohl möglich, daß die Verbindlichkeit des Rechts in einem bloßen Bestande läge, obwohl die Rechtsverbindlichkeit eines Willensakts mehr als dessen bloßen Bestand, als dessen Vorhandensein, erfordert; dieses weitere Erfordernis könnte ja z. B. dahin gehen, daß der Willensakt mit dem durch bloße Vorhandenheit gegebenen Recht übereinstimmen müsse u. dgl. Die Verbindlichkeit des Rechts ist nun aber, wie alle Bedeutungsgeltung, gerade etwas über die Bestandsgeltung Hinausgehendes, nämlich das Gebot an das Denken, in dem durch sie ausgezeichneten Gegenstand nicht etwas Vorhandenes, sondern etwas *zu Wahrendes* zu sehen. Bestehendes als solches kann immer nur vorhanden, nie allein aus sich heraus, sondern nur vermöge einer ihm etwa zukommenden abgeleiteten Geltung auch etwas *zu Wahrendes* sein. Es ist freilich schon an sich für unser Verhalten wichtig genug, wir können, uns ihm anzupassen, trotz des Fehlens aller weitergehenden Verbindlichkeit durch die Klugheit, durch die Rücksicht auf unseren Nutzen dringend genötigt sein, beide können uns aber ebenso gut seine Beseitigung empfehlen; all dies wären rein bestandsmäßige Reaktionen und würde noch nicht in den Bereich der Bedeutung führen. Daß etwas *zu wahren* sei, besagt freilich noch nicht, daß es durch Handlungen verwirklicht werden müsse, also ein *Gesolltes* sei; das hängt vielmehr von anderen Eigenschaften ab, deren Zutreffen auf das Recht hier dahingestellt bleiben mag. Wohl aber verkörpert jenes *zu Wahrende* eigene

Geltungswerte, deren Nichtanerkennung aus allen geistigen Zusammenhängen ausschließt; zu ihnen gehört das Bestandswirklichsein als solches nicht, wohl aber die es feststellende Wahrheit, die Bestandswahrheit, wie wir sie nennen wollen, da es, wie wir sehen werden, noch andere Wahrheiten gibt. Ein solcher Geltungswert ist aber auch der des Rechts, denn wenn etwas als das Recht bezeichnet wird, so wird damit von ihm ausgesagt, daß ihm als eigenem Geltungswert ein unverlierbarer Herrschaftsanspruch über den menschlichen Geist zustehe; zur Aufhebung einer Ordnung kann es eine Befugnis geben²⁰), zur Aufhebung des Rechts (oder der Wahrheit) keine²¹). Nach all dem können also Willenssätze und Erkenntnissätze nur dann das Recht sein, wenn sie nicht nur vorhanden sind, sondern eine darüber hinausgehende Geltung besitzen. Als solche kommt für Willenssätze, da Zweckmäßigkeit und Sittlichkeit als rechtlich nicht maßgebend bereits ausgeschieden sind, nur die Rechtsverbindlichkeit in Betracht, diese kann jedoch, wie bereits dargetan, nicht gleichzeitig die Verbindlichkeit des Rechts sein. Also können die Rechtssätze nicht Willenssätze,

²⁰) Während zur Aufhebung des objektiven Rechts keinerlei Befugnis denkbar ist, kann eine Ordnung von dem dazu Befugten aufgehoben werden. Wer dies sei, ist eine Rechtsfrage, keine Ordnungsfrage, obwohl unvorgreifliche Ordnungssätze hierüber denkbar und zulässig sind. Bei der sog. revolutionären Rechtsentstehung handelt es sich nicht um einen Rechts-, sondern um einen Ordnungswechsel, der seinerseits dann im Falle seiner Gültigkeit eine Veränderung des rechtserheblichen Tatbestandes darstellt und — etwa wie wenn zwei Leute ihren bisherigen Vertrag gültig durch einen anderen ersetzt haben — natürlich auch in der Beurteilung der Rechtslage seinen Ausdruck finden muß. Vgl. zu der Frage einerseits *Stammeler*, Rechtsphilos. Abh. Bd. I S. 30 ff., dazu *Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie S. 141 ff., und andererseits *Somló*, Grundlehre S. 119².

²¹) Der naturrechtliche Gedanke von der Absolutheit, der Ewigkeit und Unerschütterlichkeit des Rechts enthält also etwas durchaus Richtiges; er bedeutet, daß Rechtsänderungen nur von der Tatbestandsseite aus, nicht von der Rechtsseite aus vorkommen können. Es war nur ein rationalistisches Mißverständnis — gegen welches allein sich auch die Kritik, z. B. *Manigks*, Wie stehen wir heute zum Naturrecht S. 27 ff., richten kann — wenn man diese Ewigkeit usw. auf die angeblich von der Vernunft vorgegebenen Rechtssätze bezog und die Abhängigkeit des gefundenen Rechts von dem jeweiligen rechtserheblichen Tatbestand, der gerade der rechtlichen Würdigung anheimgegeben ist, übersah. Zu diesem Tatbestand gehört auch z. B. der sozialgeistige Entwicklungszustand (heutige rechtliche Unmöglichkeit der Sklaverei in Deutschland, auch wenn sie mit der qualifiziertesten Mehrheit beschlossen würde) und die jeweilige Ordnungslage. Das Mißverständnis wurde dadurch verstärkt, daß das Naturrecht dem Recht auch die Ordnungsfunktion zuwies.

sondern sie können nichts anderes als Erkenntnissätze, und die ihnen zugängliche Geltung kann demzufolge nur die ursprüngliche, die der Wahrheit sein; dem Recht kann nur ursprüngliche Geltung zukommen oder keine. Wie könnte denn auch das, was zu wahren ist, in dieser seiner Eigenschaft von einem Willen, also von der Willkür, abhängen! Wenn wir daher oben sagten, daß jede Geltung in einem wahren Urteil ausgesprochen werden müsse und daß ein von einer Ordnung Geltung aussagendes Urteil wahr sei, wenn sich diese Geltung als vom Recht zuerteilt herausstelle, so sehen wir nunmehr, daß jener auf Wahrheit angewiesene Satz nichts anderes als der Rechtssatz selber sein kann. Dies gilt entsprechend für alle eingangs aufgeführten Geltungswertgesichtspunkte. Die Geltungswerte des Wirklichseins (des Bestandes), des Zweckmäßigseins, des Sittlichseins, des Rechtsverbindlichseins sind abgeleitete, aber sie werden durch wahre Erkenntnissätze nicht nur ausgesprochen, sondern zu gesprochen, erteilt; alle abgeleitete Geltung und Verbindlichkeit ist nur eine Folgeerscheinung der ursprünglichen Geltung und Verbindlichkeit des sie zugleich aus- und zusprechenden Erkenntnissatzes; abgeleitete Geltung kann nur Vorkommnissen (Dingen, Geschehnissen), ursprüngliche Geltung nur Erkenntnissätzen zukommen. Damit ist das Wesen jenes zu Wahren vereinheitlicht: es ist immer die Wahrheit; sie kann eine Bestandswahrheit oder eine Bedeutungswahrheit (Zweckmäßigkeits-, Sittlichkeits- oder Rechtswahrheit) sein. Auf all diesen Gebieten hat sich die Erkenntnistätigkeit stets auf zwei Fragen zu richten, nämlich einmal auf die: Was ist das eigentlich, das Bestandswirklichsein, das Zweckmäßigsein, das Sittlichsein, das Recht? — Und sodann auf die davon ganz verschiedene (für das Recht aber z. B. vom Naturrecht infolge seiner rationalistischen Denkweise als jener ersten gleichartig behandelte): welche Dinge, Vorgänge, Handlungen usw. sind denn nun bestandswirklich, zweckmäßig, sittlich, rechtmäßig? Die erste Frage bezieht sich auf die „Idee“ jedes der Gebiete; ihre Beantwortung steht der Philosophie zu. Dagegen ist die zweite Frage oder besser die Unzahl der sich hier einstellenden Einzelfragen den entsprechenden Einzelwissenschaften zur Beantwortung anheimgegeben; eine Rechtssatzfindung durch Philosophie ist also ausgeschlossen. Die Beantwortung der Frage nach der Idee nimmt niemals die Antwort auf eine der Einzelfragen vorweg, auch nicht in der Weise, daß die Einzelantwort aus der Idee etwa durch Schlußfolgerungen abgeleitet werden könnte. Z. B. kann ich meinem etwaigen Wissen davon, als was ich das Bestandswirklichsein aufzufassen habe, nicht das Geringste darüber entnehmen, was denn nun im Einzelnen bestandswirklich sei oder

nicht²²⁾; das kann mich nur die Einzelerfahrung lehren, aber auch sie doch allein dann, wenn sie ihre Untersuchungen unter Leitung der Idee, also bei Bestandsfragen im Bestande und nicht etwa im Bereich der Sittlichkeit anstellt. Eine derartige Verwechslungsgefahr ist allerdings im Bereiche des Bestandes aus ganz besonderen Gründen sehr gering²³⁾, um so größer ist sie auf den anderen Gebieten, für die im übrigen aber ganz Entsprechendes gilt, nämlich daß die Einzelerkenntnis, auf die es letzten Endes immer ankommt, nur durch erfahrungsmäßige Untersuchung gefunden werden kann, daß diese Untersuchung aber von der das Gebiet bestimmenden und beherrschenden Idee geleitet sein muß. Die Auffindung dieser Ideen, die, nebenbei bemerkt, nicht als regulativ, sondern als

²²⁾ Ableitungsversuche aus der Idee führen allerdings zu bloßen analytischen Aussagen, obwohl es — wie übrigens schon für die Bestimmung der Idee selber — auf synthetische ankommt. Wenn daher Manigk, Wie stehen wir heute zum Naturrecht? S. 28 f., die leere Scheinabsolutheit des Naturrechts (etwa des Satzes: *pacta sunt servanda*) rügt, ist ihm darin völlig beizustimmen. Nur darf man dabei m. E. folgendes nicht übersehen. In der Frage: Warum ist ein Vertrag rechtsverbindlich? steckt ein Rechtsproblem. Wann er rechtsverbindlich ist, kann dabei ganz außer Betracht bleiben. Man denke sich einen allen ersinnbaren Gültigkeitserfordernissen genügenden, beiderseits anerkannten Vertrag. Warum kann nun nicht der eine Teil sagen: ich bestreite die Gültigkeit des Vertrags nicht, aber ich will jetzt einfach nichts mehr von ihm wissen und bin daher nicht mehr gebunden? Das Naturrecht antwortete darauf: Solch eine willkürliche Lossagung ist unmöglich, weil sich aus der Rechtsidee der an ihrer Ewigkeit teilnehmende Rechtsobersatz *pacta sunt servanda* durch zwingende Schlüsse ergibt. Die Ordnungstheorie führt die Bindung dagegen auf das Belieben des Gesetzgebers zurück, der also ganz willkürlich auch das Gegenteil bestimmen könnte und etwa einem Vertrag, den er selbst für gültig erklärte, dennoch die Rechtsverbindlichkeit abzuspochen vermöchte. Die naturrechtliche rationalistische Lösung ist gewiß falsch, aber ob sie nicht immer noch richtiger ist, als die der Ordnungstheorie, die hier gar kein Problem mehr sieht, wie sie sich ja überhaupt mit Rechtsfragen wenig, dafür um so mehr mit Formalfragen beschäftigt, ist zum mindesten fraglich. Am ehesten könnte man sich auch hier mit der Ordnungstheorie in Gestalt der Volksgeisttheorie befreunden, doch versagt letztlich auch sie. Das Problem ist übrigens ein durchaus rechtliches, kein philosophisches.

²³⁾ Mit hierauf beruht es, daß auf dem Gebiete der Naturwissenschaft, einer Bestandswissenschaft κατ' ἐξοχήν, die Grundstellung der Kantischen Philosophie: „Naturwissenschaft findet tatsächlich mit Erfolg statt; welche Prämissen sind damit notwendig gesetzt“? zulässig ist, daß sich aber auf dem Gebiete der Bedeutungswissenschaften, da schon ihr sinnvolles und erfolgreiches Stattfinden fraglich und nicht voraussetzbar ist, ein derartiger Beginn verbietet. Anders freilich, wenn auch ausdrücklich nur aus Not, Emge, Vorschule S. 16 sub 2, S. 31 sub 6, anders auch Binder a. a. O. S. 119.

konstitutiv im kantischen Sinn²⁴⁾ bezeichnet werden müßten, da sie sich zu ihrem Gebiet in gleicher Weise verhalten, wie nach Kants Auffassung die reinen Anschauungsformen und die Kategorien zur Natur, wird nun nicht einem besonderen Erkenntnisvermögen (der Vernunft) vorzubehalten sein; die rationalistische Prämissenlogik Kants, das sogenannte transzendente Verfahren, ist aus dem in Anm. 23 angedeuteten Grunde nicht anwendbar und nicht ausreichend, auch ist es von vornherein nicht sehr wahrscheinlich, daß irgendeine Erkenntnis ohne alle Erfahrung zustande kommen könnte. Vermögen wir also wohl auch die Ideen trotz ihrer Apriorität für die Einzelerkenntnis nicht ohne Heranziehung der Erfahrung zu erkennen, so bleibt doch zwischen der erfahrungsmäßigen Idee-Erfassung und der Einzelerfahrung (welche dann zu Allgemeinbegriffen, etwas von den Ideen streng zu Trennendem, führt) ein wegen der Verschiedenheit des Erkenntnisziels notwendiger Unterschied: um die Idee zu erfassen, muß die Aufmerksamkeit sich auf das zu erteilende Prädikat (des Bestandwirklichseins, des Rechtmäßigseins usw.) richten und das Wesen des mit ihm Ausgesprochenen zu ergründen suchen; um eine Einzelerfahrung zu machen, muß zugesehen werden, welchen Dingen usw. jene Prädikate tatsächlich zukommen. Zur Erfassung der Idee ist es also notwendig, sich das Prädikat gewissermaßen von außen anzusehen, sich nicht in den von ihm beherrschten Dingverband hineinzustellen, während die Einzelerfahrung gerade letzteres erfordert. Man kann daher die zur Erfassung einer Idee notwendige Erfahrung extraexistential, die Einzelerfahrung intraexistential nennen; diese setzt das Wirklichsein als erkannt oder doch als bekannt voraus, jene untersucht, worin es bestehe²⁵⁾. Beide Verfahrensweisen der Erkenntnis sind notwendig, um zur Wahrheit zu gelangen. Die Wahrheit aber, die ursprüngliche Geltung, weist nun noch eine sehr auffällige Besonderheit auf: Der Geltungswert

²⁴⁾ Freilich nicht im Sinne Binders, der (Rechtsphilosophie S. 135, 770, 423) die Rechtsidee deshalb konstitutiv nennt, weil durch sie die entsprechende Wirklichkeit ins Dasein gerufen werde. Damit ist wohl eine Art von tatsächlicher psychischer Kausalwirkung der Idee gemeint.

²⁵⁾ Die Extraexistentialempirie (die Philosophie) geht nicht auf eine bloße Erkenntnistheorie, sondern auf eine Realitätstheorie aus, auf ein Ziel also, das man, des leeren Denkformalismus berechtigtermaßen überdrüssig, meist mittels des Wunsches nach Erneuerung der Metaphysik als erstrebenswert bezeichnet. Jedoch ist von allen Fragen nur die eine, was das eigentlich sei, das Wirklichsein, eine extraexistential, während die Frage, welchen Dingen Wirklichsein zukomme, welche Dinge also wirklich oder auch eigentlich wirklich seien, stets eine intraexistential (einzelwissenschaftliche, wenn auch u. U. allgemeineinzel-

des Wirklichseins, dessen alle abgeleiteten Geltungen bedürfen, ist für sie nicht erforderlich, Wahrheit ist Wahrheit, auch wenn sie noch unwirklich, d. h. noch durch keinen wirklich vorgenommenen psychischen Akt erfaßt und demgemäß noch unerkannt und noch unausgesprochen ist²⁶⁾. Dies gilt für alle Wahrheiten, also auch für das Recht: auch noch nicht erkanntes Recht ist Recht, die Geltung des Rechts ist ganz unabhängig davon, ob es zur tatsächlichen Erkenntnis des entsprechenden Rechtssatzes bereits gekommen ist. Natürlich können wir mit einem noch unentdeckten Rechtssatz so wenig anfangen, wie mit einer noch unentdeckten Wahrheit, aber ihren Geltungsanspruch besitzen beide schon vor ihrer Entdeckung; dies bedeutet, daß sie nichts der Erkenntnis Vorgegebenes, sondern etwas ihr Aufgegebenes sind.

Wir sehen also, wenn wir die Geltungsfrage in den Vordergrund stellen, eine durchgängige und tiefe Verschiedenheit zwischen Ordnung und Recht. Die Ordnung muß wirklich vorhanden sein, sie ist notwendig etwas Vorgegebenes und muß die abgeleitete Geltung „Rechtsverbindlichkeit“ besitzen; der Rechtssatz (die Erscheinungsform des Rechts) braucht nicht wirklich vorhanden zu sein, das Recht ist etwas Aufgegebenes, der Rechtssatz muß ursprüngliche Geltung aufweisen, er muß wahr und kann nicht rechtsverbindlich sein. Eine Ordnung muß vom Gesetzgeber usw. gegeben sein, das Recht kann nur durch freie Erkenntnis gefunden werden. Sind diese Feststellungen richtig, so müssen wir nicht nur die Ordnungstheorie des Rechts für falsch erklären, sondern zugleich die Urteiltstheorie des Rechts als erwiesen ansehen. Denn wenn das in Rechtssätzen (im Gegensatz zur Ordnung nicht in primären Obersätzen) bestehende Recht aus Erkenntnissätzen besteht, so besteht es aus Urteilen; ist doch das Urteil die Form, in welcher wir unsere Erkenntnisse aussprechen. Wir hätten daher die Urteiltstheorie von vornherein als Erkenntnistheorie bezeichnen können, wäre dieser Ausdruck nicht schon auf einen anderweitigen Sinn festgelegt.

Wenn nun dennoch die Ordnungstheorie in geradezu unbestrittener Herrschaft steht, so ist dies aus einer ganzen Reihe von Gründen erklärlich, von denen wir nur drei²⁷⁾ anführen wollen.

wissenschaftliche) ist. Da sich nun die Metaphysik bekanntlich sehr entschieden gerade mit gewissen derartigen intraexistentialen Fragen befaßt (z. B. mit der Frage, ob Gott etwas sei, dem Wirklichsein zukomme), bedeutet die extraexistentielle Denkweise trotz mancher Berührungen etwas wesentlich Anderes als die metaphysisalische. Transzendenz und Extraexistentialität decken sich durchaus nicht.

²⁶⁾ Vgl. hierzu die Darstellung der Lehre Lotzes bei Liebert a. a. O. S. 206.

²⁷⁾ Vgl. hierzu auch unten Anm. 31.

Einmal nämlich scheint es unmöglich, im Recht auf einen festen Boden zu kommen, wenn man als solchen nicht die Ordnung nimmt. In Wahrheit besteht hier keine Unmöglichkeit, sondern nur eine allerdings nicht unbeträchtliche Schwierigkeit; streicht man vor ihr die Segel, so gibt man nicht nur das Recht preis, sondern entzieht auch der Ordnung ihre Geltungsgrundlage und entstellt die Ordnung durch eine notwendig unzulängliche Art der Anwendung²⁸⁾. Sodann befürchtet man eine Beeinträchtigung des Staatswillens, wenn man ihn nicht als rechtsetzend, sondern als rechtunterworfen denkt. Seine hoheitliche Ordnungsbefugnis bleibt jedoch ganz unangetastet; deren Aufgabe kann das Recht ja gerade nicht übernehmen. Allerdings wird aus dieser Ordnungsbefugnis die Rechtsatzfindung ausgeschieden und die Ordnungsbefugnis selbst für von rechtlichen Bedingungen abhängig erklärt. Allein daß solche rechtliche Bedingungen überhaupt bestehen, ist schon heute unabweisbar. Wenn sich nun aber auch für den Gesetzgeber gewisse weitere Schranken (übrigens leicht einzuhaltender Art) ergeben sollten, so würde ihm deren Wahrung nur zustatten kommen, da sie ihn nicht nur gegen den Vorwurf, sondern auch vor dem Versuch willkürlicher Bedrückungen sichern würde; gewisse Minoritätenvergewaltigungen könnten sich dann z. B. nicht mit dem heiligen Namen des Rechts schmücken und damit eine, sei es auch nur innerstaatliche, Unantastbarkeit vorspiegeln, die ihnen gerade schon aus Rechtsgründen gründlich fehlt²⁹⁾. Und was die Rechtssatzfindung durch den Gesetzgeber betrifft, so ist sie doch bekanntlich nicht nur höchst lückenhaft und einer inneren Expansionskraft, wie sie die Ordnung allerdings besitzt, unteilhaftig, sondern wegen der — für die Ordnung ganz unverfänglichen — Notwendigkeit, sich vorweggenommener Obersätze zu bedienen, ohne deren Fallbereich überblicken zu können oder gar im einzelnen erforscht und erfahren zu haben, auch ziemlich mangel-

²⁸⁾ Vgl. hierüber den Verf. in Leipz. Ztschr. 1923 Sp. 372 Anm. 13 a. E. Die Urteilstheorie ist also nicht, wie gewisse naturrechtliche Lehren (Manigk, Idee des Naturrechts S. 30), gesetzeseindlich. Übrigens ist auch das Naturrecht, wenn man auf den Grund geht, nicht daraus zu erklären, daß Staatswillensanordnungen zu oft als zu ungerecht erscheinen, als daß sie „das Recht“ sein könnten (so Bergbohm a. a. O. S. 144, Manigk, Idee des Naturrechts S. 1), sondern daraus, daß auch die gerechtesten Staatswillensanordnungen niemals „das Recht“, sondern nur rechtsgültig und rechtmäßig zu sein vermögen.

²⁹⁾ Die Berufung auf ein sog. höheres Recht, das gegenüber dem nun einmal für „das wirkliche Recht“ geltenden keinerlei Überwindungskraft hat, da das (wahrhaft) wirkliche Recht eben selber etwas zu Wahrendes, ja sogar etwas zur zwangsweisen Durchsetzung Befugtes ist, ist ganz unbehelflich und für die Betroffenen ein schlechter Trost.

haft und auf die Ergänzung durch den Richter angewiesen. Aber erst wenn das Erfordernis der rechtlichen Wahrheit die Richtschnur ist, nicht schon durch die gesetzliche Vorgegebenheit eines vieldeutigen (Rechts-)Obersatzes ist subjektiven Ausschreitungen und haltlosen Meinungsverschiedenheiten der zur Erkenntnis Berufenen vorgebeugt. Auch bedeutet die Inabredestellung der Richtigkeit der Ordnungstheorie nicht, daß Rechtssätze in Gesetzen überhaupt nicht auftreten dürften. Es kann für einen gesetzlichen Rechtssatz ein mannigfaches Bedürfnis, z. B. das nach Garantie durch den Staat (etwa bei den sog. Grundrechten) bestehen; nur würde der Gesetzgeber nie als Erzeuger, sondern immer nur als Verwalter des Rechts anzusehen sein. Ist es nicht angesichts des tatsächlichen Zustandes der Rechtsfindung schon heute fraglich, ob den gesetzlichen Rechtssätzen (nicht den Ordnungssätzen) mehr als eine weistumsartige Kraft beizumessen ist? Als Letztes mag folgendes angeführt werden. Die Ordnungstheorie ist eine Rechtsquellenlehre, d. h. sie nimmt an, daß die Rechtssätze durch tatbestandliche Ereignisse verschiedener Art (Gesetze, Gewohnheiten usw.) erzeugt werden. Das ist für die Ordnung im Prinzip ganz zutreffend; die Ordnung ist in der Tat positiv. Aber für das Recht ist es unmöglich; das Recht ist etwas ganz anderes als die Ordnung und kann nicht positiv sein. Denn wahre Sätze werden durch Erkenntnis gefunden, nicht durch einen Willen erzeugt, und erkenntnisfähig ist, so sehr er auch vom Volksgeist abhängen mag, nur der einzelne Geist, denn nur er hat ein Gehirn. Auch sind nur Willensbefugnisse, nicht das Erkenntnisvermögen übertragbar, es ist sohin ausgeschlossen, daß an Stelle des menschlichen Geistes kraft einer Delegation ein Gesetzgeber Erkenntnis betriebe. Das objektive Recht hat also keine Quellen, sondern nur seinen Wahrheitsleitgedanken, seine Idee, dagegen kann man sehr wohl von (tatbestandlichen) Quellen der subjektiven Rechte sprechen. Man kann z. B. einen Vertrag als Quelle eines Forderungsrechts, eine Verfassung als Quelle einer Organbefugnis bezeichnen. Aber diese subjektiven Rechte werden doch von solchen Tatbestandsereignissen nicht bestandsmäßig kausiert, sondern sie ergeben sich lediglich dadurch, daß das objektive Recht sie als aus jenen Tatbeständen erfließend erkennt, jenen Tatbeständen also die Eigenschaft zuspricht, subjektive Rechte der bestimmten Art zu erzeugen. Wenn man daher von Quellen subjektiver Rechte spricht, darf man nie vergessen, daß diese Quelleneigenschaft ausschließlich vom objektiven Recht zuerkannt wird. Aber wie leicht vergißt man es, wie nahe liegt es, die zu Grunde liegende Quelle aller subjektiven Rechte, das objektive Recht, zu übersehen und

nun, da doch notwendigerweise alle subjektiven Rechte vom objektiven zuerteilt sein müssen, den tatbestandlichen Quellen der subjektiven Rechte selber die Eigenschaft des objektiven Rechts zuzusprechen!

Mögen nun aber die Erwägungen, nach welchen die Ordnungstheorie möglich und erwünscht erscheint, mehr oder weniger begreiflich sein, zur Widerlegung der Urteilstheorie und zum Beweise der Ordnungstheorie sind sie untauglich. Es bleibt vielmehr bestehen, daß diese Theorie sowohl juristisch als auch rechtsphilosophisch unhaltbar ist. Juristisch (rechtsintraexistential) deswegen, weil sie gewisse Willenskundgebungen, nämlich die des Gesetzgebers usw., die zwar als hoheitliche eine von den Willenskundgebungen Privater beträchtlich abweichende rechtliche Bedeutung haben, aber doch niemals aufhören können, das zu sein, was sie sind, nämlich eine Art von Willenskundgebungen, nicht als solche, sondern als „das Recht“ behandelt und sie dadurch, dem Tatbestand zuwider, der juristischen Erfäßbarkeit entzieht; rechtsphilosophisch (rechtsextraexistential) deswegen, weil sie damit, daß sie einen Rechtssatz, also einen rechtsintraexistentialen Satz ausspricht, eine Rechtswesensbestimmung, einen Satz über das Recht, einen rechtsextraexistentialen geben zu können vermeint. Sie sagt nämlich etwa: Das Wesen des Rechts besteht darin, daß der Gesetzgeber usw. die unbeschränkte rechtliche Befugnis hat, das ihm Gutdünkende in seiner Gemeinschaft vorzuschreiben und durchzusetzen. Mag nun der Inhalt des Daß-Satzes in dieser Fassung richtig sein oder nicht, jedenfalls würde er, auch etwa berichtigt, immer nur die Zuerkennung einer Befugnis bedeuten, nicht aber, trotz der Einleitungsworte, eine Feststellung über das Wesen des Rechts. Obwohl sich also viel gegen und wenig für die Ordnungstheorie sagen läßt, und obwohl Savigny³⁰⁾, neben Hugo Grotius der größte Jurist und Rechtsdenker der neueren Zeit, der Urteilstheorie sachlich (wenn auch nicht theoretisch) ergeben war, obwohl ferner die vielbewunderten römischen Juristen, wie ihre Argumentationsweise, der Mangel an für sie heranziehbaren Quellen und die „Rechtsquellennatur“ ihrer eigenen Rechtserkenntnisse ergibt, gewiß nicht der Ordnungstheorie angehangen haben, betrachtet es die herrschende Rechts-

³⁰⁾ Er spricht z. B. im „Beruf“ nicht nur seiner Zeit die Kodifikationsbefähigung ab, sondern erklärt Kodifikationen überhaupt für etwas wenn nicht Minderwertiges, so doch Überflüssiges und möchte die Rechtsfindung im wesentlichen der Wissenschaft, also der Erkenntnistätigkeit zuweisen (vgl. Beruf 1892 S. 16, 21, 81, 98). Nicht auch auf Ordnungskodifikationen, sondern nur auf Rechtssatzkodifikationen bezogen, dürfte dies noch heute sehr beherzigenswert sein.

philosophie unserer Tage als einen entschiedenen Vorzug, nicht der Urteilstheorie verdächtigt werden zu können. Ist es doch heute noch das Schreckgespenst des Naturrechts, der vagen Vernunftanmaßung, der subjektiven Willkür, ja des blutigen Umsturzes, das in der Urteilstheorie verborgen scheint; die lähmende Wirkung dieses Schreckens ist in unserem juristischen Denken deutlich zu spüren. Wie steht es denn aber in Wahrheit mit dem Naturrecht? Es hatte zwei schwere Gebrechen: es war rationalistisch und es vermengte die Ordnungsfrage und die Rechtsfrage in der Weise, daß es, wie die Rechtsfindung, so auch die Ordnungsetzung als eine Erkenntnisaufgabe, von seinem Standpunkt aus also als durch bloße Vernunft ohne Verwirklichungsakt erfüllbar behandelte. Eine Ordnung kann aber so wenig wie z. B. ein Vertrag u. dgl. durch Rechtserkenntnis und gar durch bloße Vernunft zustande gebracht, sie muß durch Willensakte wirklich gesetzt werden. Auch sind Ordnungsfragen inhaltlich nicht Rechtsfragen, sondern Zweckmäßigkeitsfragen; sie betreffen z. B. die Einrichtung (Verfassung) des Staates, die zur Verfügung zu stellenden sogenannten dinglichen Rechte, die Gestaltung der (als Familiengrundlage eine Regelung durch die Gemeinschaft erheischenden und daher nicht nur die Einzelbeteiligten angehenden) Ehe u. dgl. Wie diese Institute zu gestalten seien, ist eine Zweckmäßigkeits- und Ordnungsfrage, keine Rechtsfrage; sie treten in den Gesichtskreis des Rechts erst, wenn sie durch den ordnenden Willensakt geschaffen sind. Z. B. kann eine Staatsform rechtlich nicht eher in Betracht kommen, als sie wirklich durch eine (wenn auch nur stillschweigend gesetzte) Verfassung angeordnet ist, wie ja auch etwa ein Vertrag erst rechtserheblich wird, wenn die Willenserklärungen, aus denen er besteht, wirklich stattgefunden haben; auch die begründetsten Gedanken darüber, welches die beste Staatsform oder die am zweckmäßigsten zu treffende Vereinbarung sei, machen beide noch nicht wirklich³¹⁾. Das hat das

³¹⁾ Der ordnende Willensakt — bei der Staatsform der der Gemeinschaft, beim Vertrag der der Einzelbeteiligten — ist niemals imstande, selbst seine rechtliche Bedeutung zu bestimmen; das vermag nur das Recht. Ist der ordnende Willensakt im prägnanten Sinn in einer Ordnung, nämlich in einer Gemeinschaftsordnung, enthalten, so kann man die durch sie geschaffenen Einrichtungen Ordnungsinstitute nennen (z. B. ein Amt, das Eigentum, die Ehe). Ihnen muß man die Rechtsinstitute — z. B. die (primäre) Ordnung, den Vertrag, den Besitz — gegenüberstellen. Der Unterschied besteht darin, daß das Ordnungsinstitut, ehe es zur vollen Wirklichkeit gelangen kann, erst durch eine gesetzliche oder gewohnheitsmäßige Ordnung geschaffen und dadurch dem Gebrauch zur Verfügung gestellt sein muß, wohingegen das Rechtsinstitut nur eines Verwirklichungsaktes bedarf und nicht voraussetzt,

Naturrecht, wie gesagt, verkannt, aber es hatte außer seinen Fehlern doch auch einen großen Vorzug, der es zu unsterblichen Verdiensten befähigte und der durch alle Irrtümer und schweren Folgen hindurchleuchtet: es hatte eine grundsätzlich richtige Auffassung vom Wesen des Rechts, es bekannte sich zur Urteilstheorie; freilich vermochte es sie infolge seiner rationalistischen Denkweise nicht durchzuführen. Als sich der Rationalismus endlich auch auf dem Gebiete des Rechts überlebt hatte, wäre es also darauf angekommen, an dem, was das Naturrecht Gutes bot, nämlich an der Urteilstheorie, festzuhalten, aber das empirische Verfahren einzuführen, wobei sich vermutlich die Scheidung von Ordnung und Recht ohne weiteres ergeben hätte. Statt dessen — es trifft dies lediglich die allgemeine Geisteshaltung und ihr Ergebnis, etwa die Rechtsauffassung zur Zeit der Entstehung des BGB., und es ist nicht die Absicht, hier bestimmte Menschen als verantwortlich mit

daß über es zunächst Ordnungssätze ergangen seien (während zu ihm solche möglich sind, z. B. staatliche Formvorschriften für Verträge). Die Ordnungsinstitute werden also durch Willensakte der Gemeinschaft real erzeugt, bleiben aber zunächst in ihrer Realität gewissermaßen abstrakt, bis einer, den es angeht, sich des Instituts in concreto bedient, z. B. eine Ehe schließt, während die Rechtsinstitute nicht, auch nicht durch Rechtssätze, erzeugt, sondern von diesen nur geistig, mittels einer Zusammenfassung gewisser Rechtssatzinhalte zu Begriffen, gebildet werden. Wie der Vertrag ist z. B. auch die Staatsform ein Rechtsinstitut, nicht weil der die Staatsform bestimmende Ordnungssatz des Gemeinschaftswillens ein Rechtssatz wäre — das ist er ebensowenig, wie die den Vertrag bildenden Willenserklärungen — sondern weil jene Willensanordnung, wie der Vertrag, unmittelbar konkrete Realität gewinnt, eine Realität, welche rechtlich betrachtet zur Subsumtion unter das entsprechende Rechtsinstitut führt. Bedenkt man nun, wie schwer jene zunächst nur abstrakte Realität des Ordnungsinstituts von der immer bloß geistigen Realität dessen, was ein konkretes Vorkommnis als Erscheinungsform eines Rechtsinstituts erscheinen läßt, auseinanderzuhalten ist, und bedenkt man weiter, daß unter der Voraussetzung ihrer Zurverfügunggestelltheit durch eine Ordnung auch die Ordnungsinstitute im rechtserheblichen Tatbestand (und zwar schon vor der konkreten Verwirklichung durch Gebrauch) vorhanden sind und daher rechtlich, etwa als bedingte oder mittelbare Rechtsinstitute, auch schon vor ihrer Zurverfügungstellung gewürdigt werden können, so sieht man, wie leicht es zu geschehen vermag, entweder daß die Ordnungsinstitute ebenfalls für unmittelbare Rechtsinstitute gehalten werden (so das Naturrecht), oder daß den unmittelbaren Rechtsinstituten ebenfalls der Charakter bloßer Ordnungsinstitute, bloß bedingter oder mittelbarer Rechtsinstitute zugeschrieben wird (so die heutige Lehre). — Die Somlósche Scheidung von Rechtsgrundbegriffen und Rechtsinhaltsbegriffen deckt sich zum Teil mit der hier vorgenommenen, bedeutet aber nicht die Scheidung von Recht und Ordnung; wird doch die Richtigkeit der Ordnungstheorie vorausgesetzt.

Steinen zu bewerfen — statt dessen also tat man, etwa wie ein Apotheker, der sich im Gefach vergreift und so zwei Mixturen verwechselt, gerade das Umgekehrte: was gut war am Naturrecht, die Urteilstheorie, gab man preis, den Rationalismus (die Lehre, daß das rechtliche Einzelergebnis durch logische Operationen von bindend vorgegebenen Obersätzen aus zu gewinnen sei) behielt man bei, und empirisch wurde man nur insofern, als man für die Ordnung die Notwendigkeit des wirklichen, empirischen Gegebenseins erkannte. Da man aber so wenig wie das Naturrecht zwischen Ordnung und Recht zu unterscheiden vermochte und daher jene Notwendigkeit gleichmäßig auch für das Recht annahm, blieb man auch in diesem Punkte schließlich bei demselben Irrtum stehen, an welchem das Naturrecht gekrankt hatte, nur daß man ihn gewissermaßen in umgekehrter Richtung beging. Das Naturrecht, sofern man hierunter seine Fehler versteht, ist also keineswegs schon überwunden, sondern müßte erst noch überwunden werden, während man das, was an ihm richtig und groß war, niemals hätte überwinden dürfen.

Kantianismus und Hegelianismus in der Rechtsphilosophie.

Vortrag
gehalten auf dem Vierten internationalen
Kongreß für Rechtsphilosophie.

Von
Julius Binder, Göttingen.

Wenn ich für meinen Vortrag das Thema „Kantianismus und Hegelianismus in der Rechtsphilosophie“ gewählt habe, so bedeutet das natürlich nicht, daß ich über die rechtsphilosophischen Systeme von Kant und Hegel sprechen wollte, etwa um sie einander gegenüberzustellen und gegen einander abzuwägen. Vielmehr handelt es sich für mich um Kantianismus und Hegelianismus als verschiedene Richtungen in der heutigen Rechtsphilosophie; um ihre Gegenüberstellung und Bewertung von dem Gesichtspunkt aus, was sie für die Aufgaben einer richtig ver-

standenen Rechtsphilosophie zu leisten vermögen. Ich habe dieses Thema gewählt, weil es mir vor allen geeignet scheint, das Wesen der Rechtsphilosophie überhaupt klarzulegen und ihren Jüngern den Weg für die Zukunft zu weisen.

I.

Dabei denke ich zurück an den Dritten Kongreß für Rechtsphilosophie, der kurz vor Ausbruch des Weltkrieges in Frankfurt tagte, in einer Zeit, in der die Lage der Rechtsphilosophie noch wesentlich anders war als heute. Denn damals herrschte in der Rechtsphilosophie noch fast unbeschränkt der Positivismus in seinen verschiedenen Schattierungen, so wie er sich bei uns seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts unter dem Einfluß von Comte und Spencer entwickelt hatte, und wenn der geistreiche Vorsitzende jenes Kongresses, Joseph Kohler, gewiß einer der gescheitesten und gebildetsten Juristen, die es je in Deutschland gegeben hat, aber doch auch eben ein Kind seiner Zeit, den Kongreß mit den Worten begrüßte: „Wir sind hier alle auf Hegel eingeschworen“, so bedeutete dieses Bekenntnis zu Hegel in Wahrheit etwas ganz anderes, als was wir heute darunter verstehen würden, nämlich eben ein Bekenntnis zu dem rechtsgeschichtlichen und rechtsvergleichenden Positivismus seiner Zeit, zu dessen Führern Kohler gehörte, dem nur ein leichter weltanschaulicher Mantel, verbrämt mit dem Namen Hegels, umgehängt war. Diese Selbsttäuschung der damaligen Juristen-Rechtsphilosophie über ihren Charakter war nur möglich infolge des der Wirklichkeit zugewandten Sinnes des großen Schwaben, der vor allem in seiner Geschichts- und Rechtsphilosophie zum Ausdruck kam, deren ausdrücklich formuliertes Programm es ja war, zu zeigen, daß es in der Geschichte vernünftig zugeht und daß das Wirkliche ebenso vernünftig ist wie das Vernünftige wirklich. Das konnte im Sinne des Positivismus mißverstanden werden und ist nicht nur von der Juristenphilosophie des ausgehenden 19. Jahrhunderts mißverstanden worden; ich brauche nur an Marx zu erinnern, der heute noch vielen als Hegelianer gilt, obwohl er nie etwas anderes als ein positivistischer Aufklärer gewesen ist, und an die hegelisierenden Religionsphilosophen wie Feuerbach und Theologen wie D. F. Strauß, die ja auch nur einen seines Geistes beraubten Hegelianismus vertreten haben. Denn dieser war schon damals erstorben; in die Formen dieser Philosophie hatte sich ein fremder Geist, der Geist der neuen Aufklärung, eingenistet. Das war dadurch erleichtert worden, daß die Hegelsche Philosophie besonders leicht miß-

deutet werden konnte: der Gedanke der dialektischen Entwicklung konnte naturwissenschaftlich umgedacht werden, etwa im Sinne Darwins verstanden werden — und ist ja auch so umgedeutet worden —, und die Gesetzlichkeit der Freiheit, die sich für Hegel in den verschiedenen Epochen und Gestalten der Geschichte und den verschiedenen Gebilden des Rechts- und Staatslebens als wirklich erweist, konnte nur zu leicht mit der Naturgesetzlichkeit alles Geschehens verwechselt werden, die die Voraussetzung des französischen und englischen Positivismus war und die auch das Apriori des ganzen deutschen Positivismus auf welchen Gebieten immer bildete. Das tritt ja vor allem bei Marx klar zutage. Und so sind vor allem auch die vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre sowie die neue Gesellschaftswissenschaft, wie immer sie sich theoretisch einkleiden mögen, Kinder des Naturalismus und damit des Positivismus und nicht irgendwelcher Geistesphilosophie. Und so entnahm auch der juristische Positivismus, dem in Berlin neben Kohler vor allem auch Liszt angehörte, zwar der Hegelschen Philosophie gewisse Grundgedanken, wie etwa, daß das Wesen der Geschichte *Entwicklung* ist, daß das Recht ein Gebilde des Volksgeistes ist — obwohl der Volksgeist der historischen Rechtsschule eigentlich aus der Romantik stammt —; aber ohne diese Gedanken selbst zu begründen und ohne vor allem den ganzen tiefen Sinn, den sie bei Hegel haben, zu erfassen. Vor allem verzichtete dieser Hegelianismus darauf, die Rechtsphilosophie in das System der Philosophie einzugliedern, das Recht als einen Bestandteil des Kosmos zu erkennen, wie denn der Führer dieser Richtung, Kohler, in seinem Einleitungsvortrag auf dem genannten Kongreß „Über die Grenzen der Rechtsphilosophie“ selbst erklärte, für die Pflege der Rechtsphilosophie „bedürfe es keiner weiteren erkenntnistheoretischen Untersuchung“, und meinte, auch nach der praktischen Seite brauche der Rechtsphilosoph „nicht tiefer hinabzusteigen“¹⁾. Im Grunde bedeutete also dieses Bekenntnis zu Hegel, dessen Tragweite wohl nur wenige Teilnehmer am Kongreß überhaupt zu würdigen verstanden, ein Bekenntnis zum entwicklungsgeschichtlichen Positivismus. Und das entsprach dem Geiste der Zeit, die überhaupt nur noch wenig von Hegel wußte. Haben doch wirkliche Philosophen, die sich zu Hegel bekannten, es für möglich gehalten, trotz diesem Bekenntnisse die dialektische Methode Hegels, durch die vor allem der Entwicklungsgedanke seinen spezifisch Hegelschen Sinn und das System Hegels und mit ihm jedes Glied

¹⁾ Vgl. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie VIII S. 44 f.

dieses Systems seine Begründung erhielt, im Sinne des Hegelschen Wortes: „Das System ist die Wahrheit“, ablehnen zu können!

Ich entsinne mich, daß ich damals gegen diese Zwangsaushebung von Hegelianern protestierte und ein Bekenntnis zum Kritizismus, zu Kant, ablegte, so wie er von der damals herrschenden neukantischen Schule, Marburger und Heidelberger Observanz, aufgefaßt wurde. Aber freilich stand ich mit diesem Proteste allein. Die Mehrzahl der Teilnehmer am Kongreß hatte wohl für den Gegensatz von Kant und Hegel überhaupt kein Interesse; für sie standen die Fragen der Gesetzgebung, der praktischen Politik also, im Vordergrund; der kritische oder metaphysische Unterbau der Rechtsphilosophie kam für sie kaum in Betracht, wie vor allem an der Tatsache deutlich wird, daß in den Kongreßakten, im achten Band des Archivs für Rechtsphilosophie, ein „Kongreßvorbringen eines Mitgliedes der Vereinigung“ niedergelegt ist, wonach die Rechtsphilosophie nicht etwa notwendigerweise den Bestand eines allgemeinphilosophischen Systems vorausgesetzt, sondern „als abgesonderte Wissenschaft“ möglich sein soll: „Nur eine Rechtsphilosophie, die alle metaphysischen Probleme ausschließe“, meinte dieser Kongreßteilnehmer, „könne Wert besitzen“²⁾. Das also war die Lage der Rechtsphilosophie, wie sie sich den Besuchern des Kongresses etwa darbot.

II.

Aber freilich hatte damals schon, wenn ich von der „Internationalen Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie mit Einschluß der Gesetzgebungsfragen“ absehe, der durch Liebmann erweckte, von Cohen und Natorp, Riehl, Windelband und Rickert, Hensel, Bauch und vielen anderen vertretene Kantianismus begonnen, auf das Gebiet der Rechtsphilosophie überzugreifen; es war vor allem Lask, ein Schüler Windelbands, durch seine Arbeiten auf dem Gebiet der transzendentalen Logik und der Kategorienlehre bekannt, der ihr sein besonderes Interesse zuwandte, und auch unter den Juristen wurden Fragen gestellt und Probleme diskutiert, die offenbar aus der Welt des Kritizismus, der neukantischen Philosophie stammten. Es war ja auch ganz undenkbar, daß die neue Bewegung in der allgemeinen Philosophie ohne Einwirkung auf die Rechtsphilosophie hätte bleiben können; hat sich doch immer die Rechtswissenschaft abhängig von den geistigen Strömungen ihrer Zeit gezeigt: in Gestalt der historischen Rechtsschule vom Idealismus und der

²⁾ Ebenda S. 49 f.

Romantik; in der späteren Phase der geschichtlichen Rechtswissenschaft vom Positivismus; in der Zeit um die Jahrhundertwende vom Psychologismus, in der freien Rechtsschule und der soziologischen Bewegung vom Naturalismus. So mußte auch der Kritizismus auf die Rechtswissenschaft einwirken, und zwar gerade auf die geistigen Führer, die nicht in der bloßen technischen Jurisprudenz aufgingen, und es ging aus dieser Einwirkung ein neues Leben in der Rechtsphilosophie hervor. Und so konnte schon zu Beginn des Jahrhunderts Lask über die Juristenphilosophie schreiben, daß zwar in bezug auf die grundlegenden Probleme der Rechtsphilosophie ein Mangel an Originalität zu beklagen sei — was in der vorhin genannten Abhängigkeit der Rechtsphilosophie seinen Grund haben dürfte —, daß aber dennoch „der Stand der Rechtsphilosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts kein trostloser sei“³⁾. Denn, wie Lask weiter ausführt, „die gerade in der jüngsten Zeit lebhaft beginnende, äußerst zukunftsreiche methodologische Bewegung wird die Rechtsphilosophie von neuem zu der Erkenntnis zwingen, daß aller Streit um die Methode empirischer Kulturwissenschaften über die bloße Methodologie hinausweise und erst in einem System überempirischer Werte seine endgültige Entscheidung finde“ — womit natürlich die Philosophie der Werte der Heidelberger Schule gemeint war. Und in der Tat, würde Lask heute über den Stand der Rechtsphilosophie zu referieren haben, so würde er wohl konstatieren können, daß in ihr seit der Jahrhundertwende ein erfreulicher Wandel eingetreten sei; daß die Rechtsphilosophie aus dem früheren Zustand der Systemlosigkeit und der dogmatischen Starre sowie des Zehrens von vereinzelt idealistischen Reminiszenzen herausgetreten sei, daß sie zum Bewußtsein ihrer methodologischen Aufgabe erwacht und zur Wissenschaftslehre des Rechts geworden sei, und er würde eine Fülle von Namen nennen können, die sich der Aufgabe gewidmet haben, die Errungenschaften der kritischen Schule, vor allem den Begriff als Methode der Bearbeitung von Bewußtseinsinhalten, für das Recht zu verwerten, und aus der Rechtsphilosophie eine Lehre von den Bedingungen der juristischen Begriffsbildung zu machen. Und wie könnten wir auch die bedeutsame Wandlung verkennen, die in der neuesten Zeit mit der Rechtsphilosophie eingetreten ist; nur fragt es sich, ob wir uns mit dem, was diese neue Richtung, die kritische Rechtsphilosophie, mit ihrem Formalismus, mit ihrem auf die Gewinnung

³⁾ Lask, Rechtsphilosophie, in der Kuno-Fischer-Festschrift „Die Philosophie im Beginn des XX. Jahrh.“ S. 1.

reiner oder formaler Rechtsbegriffe gerichteten Streben, erreicht hat und erreichen kann, zufriedengeben können. Und diese Frage glaube ich allerdings verneinen zu müssen.

III.

Es ist ein zweifelloses Verdienst des Neukantianismus, daß er die kritische Frage aufs neue gestellt hat; denn damit hat er die verschiedenen Erscheinungsformen des Positivismus, den Empirismus, den Naturalismus, den Historismus, den Psychologismus und wie sie sonst heißen mögen, aus dem Sattel gehoben. Seine Errungenschaft ist die Wiedergewinnung der Erkenntnis, daß die philosophische Problemstellung von der Problemstellung der empirischen Einzelwissenschaften wesentlich verschieden ist, daß sie es nicht mit Erkenntnissen, sondern mit der Erkenntnis als solcher zu tun hat, und daß die Frage nach den Bedingungen der Erkenntnis nicht durch den Hinweis auf irgendwelche psychologische oder sonstige Tatsächlichkeiten beantwortet werden kann. Also kurz, die Wiederentdeckung des Erkenntnisproblems als eines transzendental-logischen Problems. Die kritische Zerlegung der Erkenntnisgegenstände in Form und Stoff der Erkenntnis, in Verstand und Sinnlichkeit, in ein logisch-bedingendes und ein alogisch-bedingtes Element der Bewußtseinsinhalte war eine Errungenschaft; aber freilich bedeutete sie auch eine verhängnisvolle Einschränkung des Begriffs und der Aufgabe der Philosophie. Sie wurde zu einer Lehre von den formalen Bedingungen, von der Gültigkeit der Voraussetzungen der Einzelwissenschaften, und verzichtete darauf, das zu werden, was sie früher einmal schon gewesen war: eine Wissenschaft von gültigen Inhalten⁴⁾. Das hängt aufs innigste zusammen mit der Auffassung, die der Neukantianismus von der kritischen Philosophie Kants selbst gewonnen hatte: er betrachtete ja die Kritik der reinen Vernunft, an der er sein Hauptinteresse betätigte, als die Lehre von den Möglichkeits- oder Gültigkeitsbedingungen der Naturwissenschaft, die nach Windelbands bekanntem Worte die Aufgabe haben sollte, das gute Gewissen der Naturwissenschaft zu werden, als eine Metaphysik, wenn dieses Wort hier gebraucht werden darf, der Erkenntnisformen, nicht der Inhalte, wie es etwa die Schellingsche Naturphilosophie gewesen war, und als das eigentliche Ziel dieser Kritik den Beweis, daß irgendwelche Metaphysik überhaupt unmöglich sei. Und so wird auch dem Neukantianis-

⁴⁾ Vgl. meine „Philosophie des Rechts“, Einleitung S. XLV.

mus die Philosophie ohne weiteres zur Lehre von den formalen Bedingungen der Erkenntnis, so daß die Inhalte ganz den Einzelwissenschaften, den empirischen Wissenschaften anheimfallen. Da aber deren Wesen die Partikularität und Spezialität der Erkenntnisse ist, so bedeutet dieser Standpunkt im Grunde einen Verzicht auf die Erfüllung des höchsten und tiefsten Strebens des menschlichen Geistes, nämlich nach schlechthinniger Einheit und Unbedingtheit der Erkenntnis. Diese Selbstbeschränkung und Bescheidung der Philosophie berührte sich aufs innigste mit dem in den Einzelwissenschaften herrschenden Empirismus und Relativismus, der in der stofflichen Bedingtheit aller empirischen Wissenschaft begründet war. Dabei wurde freilich übersehen, daß die Kritik der reinen Vernunft nicht nur aus der transzendentalen Analytik und Ästhetik bestand, nicht nur die Lehre von den Kategorien und den synthetischen Urteilen a priori aufstellte, sondern auch eine Ideenlehre gab, die die Unabweisbarkeit der transzendentalen Ideen lehrte, wenn sie diese Ideen auch, im Gegensatz zur früheren, ontologischen Metaphysik, ihrer Gegenständlichkeit entkleidet hatte; und daß das eigentliche Thema seiner Vernunftkritik nicht der Beweis der Unmöglichkeit jeder Metaphysik, sondern im Gegenteil die Begründung einer neuen Metaphysik an Stelle der alten gewesen ist, deren Ergebnis objektiv dieselbe Gewißheit besitzen sollte wie die empirische Wissenschaft kraft ihrer synthetischen Urteile a priori, insofern ihre Erkenntnisse zwar nicht bewiesen werden konnten, aber, da sie sich nicht auf Gegenstände im Sinne der Vernunftkritik bezogen, auch des Beweises nicht bedurften; bei denen also die Beweisfrage überhaupt keinen Sinn hatte, weil sie, als der Welt des Unbedingten angehörend, natürlich nicht aus Bedingtem abgeleitet werden konnten⁵⁾. Und vor allem wurde dabei übersehen, daß die Forderung der Einheit und Totalität der Erkenntnis gerade vom Ausgangspunkt der kritischen Philosophie aus nicht aufgegeben werden konnte: daß sie nur die Kehrseite der „synthetischen Einheit der Apperzeption“ ist, die die Grundlage der ganzen Vernunftkritik bildet: die Idee der Welt, die Idee einer letzten Ursache aller Wirklichkeit, die Idee der Einheit der Wissenschaft sind in dieser synthetischen Einheit der Apperzeption begründet und führen selbst mit Notwendigkeit hinaus über die Vielheit und Zusammenhanglosigkeit der empirischen Erkenntnisse. Mit der Beschränkung der Philosophie auf die formalen Bedingungen empirischer Wissenschaft sind sie überhaupt

⁵⁾ Vgl. M. Wundt, Kant als Metaphysiker, 1925, und meine gleichbetitelt Abh. in der Z. f. system. Theologie III (1926) S. 648 ff.

nicht zu vereinigen. Daher konnte sich die Philosophie auch damit nicht zufriedengeben, daß die kritische Fragestellung über die Naturwissenschaft hinaus auf die Kulturwelt ausgedehnt und nach den besonderen Bedingungen der verschiedenen Kulturwissenschaften geforscht wurde: die Aufgabe, „die Totalität und Einheit alles Wissens“ als Vernunftaufgabe zu begreifen, die nicht die Einzelwissenschaften, auch nicht in ihrer Gesamtheit, lösen konnten, deren Lösung daher der Philosophie vorbehalten bleiben mußte, sie konnte vom Standpunkt des neuen Kritizismus nicht erfüllt werden. Und so ist es nicht zu verwundern, wenn die Philosophie der Gegenwart wieder über den formalen, wissenschafts-theoretischen Standpunkt des Kritizismus hinaus verlangt, wieder nach einer letzten und höchsten Synthese aller Bewußtseinsinhalte strebt.

IV.

Aber jedenfalls hat dieser neue Kritizismus seinen Einfluß auf die Rechtsphilosophie ausgeübt. Der Gedanke, daß die Erkenntnis ihren Gegenstand nicht voraussetzt, sondern vielmehr erschafft, der in der Konsequenz dazu führen mußte, daß die Philosophie wesentlich Methodenlehre wurde, hat die Rechtswissenschaft dazu geführt, über den methodologischen Dilettantismus, dem sie früher gehuldigt hatte, hinaus zu verlangen, um in einer bewußt geforderten, wissenschaftlichen Methode die Gewähr für ihren Wissenschaftscharakter zu finden.

Die Frage des Kritizismus, so wie ihn der Neukantianismus verstand, war die: Wie ist eine objektiv gültige Naturwissenschaft möglich? Und die Antwort lautete: Durch die synthetischen Urteile a priori oder, was im Grunde dasselbe ist, durch die Kategorien und Grundsätze des reinen Verstandes. Durch diese werden Sinneseindrücke des erkennenden Subjektes erfaßt und Gegenstände gebildet; durch jene werden Gegenstände miteinander verknüpft und Gesetze formuliert. Es lag nahe genug, nachdem sich der Positivismus seit dem Ende der vierziger Jahre des vorigen Jahrhunderts vergeblich bemüht hatte, die Rechtswissenschaft als eine zweite Art von Naturwissenschaft zu begründen, d. h. die besonderen Gesetze der Rechtsbildung und der Rechtserkenntnis zu finden, die kritische Frage gegenüber der Rechtswissenschaft zu stellen, also nicht mehr von dem dogmatischen Vorurteil auszugehen, daß Wissenschaft nur die Naturwissenschaft sei, und daß daher die Rechtswissenschaft, um sich mit Recht eine Wissenschaft zu nennen, sich über eine Methode ausweisen müsse, die der naturwissenschaftlichen

gleichartig und ebenbürtig sei, sondern davon auszugehen, daß es ein Recht und eine Rechtswissenschaft gibt, und nun zu fragen, wie diese Gegenstände „möglich seien“, was die Bedingungen dieser Gegebenheiten seien. Diese Problemstellung, die in der Tat gegen Ende des vorigen Jahrhunderts auftauchte, stammte zweifellos aus der kritischen Philosophie und lag sozusagen um die Jahrhundertwende in der Luft; ihre Aufnahme durch die Rechtsphilosophie war daher leicht begreiflich und begründet ihren Zusammenhang mit dem allgemein-philosophischen Kritizismus selbst für den Fall, daß die neue Rechtsphilosophie sich dieses Zusammenhangs nicht bewußt gewesen sein sollte. Mit Fug und Recht nennt deshalb Lask in seiner bereits erwähnten Studie über die Rechtsphilosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts unter den Anhängern der neuen Bewegung neben Cohen, Natorp, Staudinger auch Stammler ⁶⁾, und habe auch ich ihn als Kantianer bezeichnet ⁷⁾. Freilich hat er sich dagegen verwahrt: er hat sich auf die Originalität seines Werkes berufen und einem ungenannten Kritiker, als welcher nur ich in Frage kommen kann, den Vorwurf gemacht, wenn er, der Kritiker, von Kant auszugehen für nötig halte, so beruhe das auf seinem Anlehnungsbedürfnis, auf einem Mangel an Selbständigkeit seines Denkens ⁸⁾. Und er hat es ja auch nicht an Kritik an Kant fehlen lassen. Trotzdem glaube ich an meiner Auffassung festhalten zu müssen, wonach Stammler der kantischen Philosophie zuzurechnen ist, wenn ich auch seine Erklärung, was die Ursprünglichkeit seiner Lehre betrifft, durchaus zu respektieren gewillt bin. Schließlich sind ja auch Beziehungen zwischen Stammler und dem Neukantianer Natorp vorhanden, wenn ich auch nicht behaupten kann, daß sie als einseitige Abhängigkeit Stammer's von Natorp aufzufassen sind. Aber jedenfalls ist der angebliche Sokratismus, zu dem sich Stammler bekennt, bei näherer Betrachtung Kritizismus und Kantianismus. Und so begreift für mich der „Kantianismus“ in der Rechtsphilosophie in erster Linie gerade Stammler, und sehe ich in ihm den Mann, der den Stein ins Rollen gebracht hat, von dem die Bewegung ausgeht, auf die sich der erste Teil meiner Erörterung beziehen soll, die Bewegung, deren Ziel die Begründung einer „reinen“ oder „formalen“ Rechtslehre ist. Das ist mit einigen Worten zu begründen.

⁶⁾ Lask, a. a. O. S. 9.

⁷⁾ Rechtsbegriff und Rechtsidee S. 1 ff.; Philosophie des Rechts S. 118 ff.

⁸⁾ Stammler, Praktikum der Rechtsphilosophie, Vorwort. S. auch Die Lehre vom richtigen Recht, 2. Aufl., Geleitwort.

Kants große „kopernikanische“ Tat bestand darin, daß er den „Gegenstand“ der Erkenntnis als etwas der Erkenntnis nicht Gegebenes, sondern Aufgegebenes erfaßte, so daß er in der Erkenntnis überhaupt erst zum Gegenstand wird, wodurch zugleich die Verbindung zwischen der naiven, vorwissenschaftlichen Erfahrung und der wissenschaftlichen Erkenntnis hergestellt wurde. Der Gegenstand der Erkenntnis ist das Ergebnis einer Synthesis a priori; in ihm finden wir das objektive Moment der Sinnesempfindungen und das subjektive Moment der reinen Verstandesbegriffe oder Kategorien, der Formen unseres Denkens und Urteilens: die bekannte Unterscheidung von Form und Stoff der Erkenntnis, die einen Hauptbestandteil der kritischen Philosophie bildet. Wenn nun Stammler schon in seinem bekannten Werk über Wirtschaft und Recht die Unterscheidung von Form und Stoff zur Grundlage seiner Untersuchung macht, wenn er weiter in seiner Theorie der Rechtswissenschaft beim Rechte selbst die bedingende Form und den empirischen Stoff unterscheidet, wenn er diese Unterscheidung durch eine kritische Analyse zu finden glaubt, die eine Synthesis a priori voraussetzt⁹⁾, so ist ganz offenbar, daß er zu diesen Gedanken durch die kritische Philosophie angeregt sein muß. Auch der Gedanke der Bedingtheit alles Rechtes durch den Begriff, der insofern a priori ist, und einer „reinen Rechtslehre“ als der Lehre von dieser Voraussetzung alles Rechts ist jedenfalls ein kritischer Gedanke, der über die bloße Frage des Sokrates: *τί ἐστιν ἀρετή, τί ἐστι δικαιοσύνη* usw. weit hinausführt. D. h.: die Problemstellung, die Frage nach den formalen Bedingungen aller Rechtskenntnis ist durchaus der kritischen Problemstellung analog, entspricht durchaus der kantischen Theorie der Naturwissenschaft, und zwar nicht nur in bezug auf die Terminologie. Ich erinnere nur an Stammlers Kategorienlehre des Rechts, an die daraus entwickelten Grundbegriffe und Grundsätze des Rechts. Deshalb ist der Versuch, den Somló gemacht hat, Stammler gegenüber seinem Kritiker beizuspringen, indem er unterscheiden wollte zwischen apriorischen Begriffen im Sinne der allgemeinphilosophischen Erkenntnistheorie und solchen im Sinne der Rechtswissenschaft, als mißglückt zu betrachten. Denn wenn das formale Element, das Stammler in allem geschichtlich gegebenen Recht zu finden glaubt, gleichviel welchen Inhalts es ist, und das dieses geschichtlich gegebene Material überhaupt erst zu einem

⁹⁾ Wirtschaft und Recht S. 7, 118 ff.; Lehre vom richtigen Recht S. 91, 125 (2. Aufl.); Theorie d. R.-W. S. 5; Lehrbuch d. R.-Phil. §§ 3—6, und dazu mein „Rechtsbegriff und Rechtsidee“ S. 13.

rechtlichen macht, wirklich nur ein „Erfahrungsbegriff“ wäre, dann könnte dieses formale Element das nicht leisten, was es nach Stammler leisten soll, dann müßte es ein Begriff sein, der durch Induktion aus einem bestimmten Material gewonnen wäre, und der deshalb nicht geeignet wäre, irgend etwas, was außerhalb des induzierten Materials läge, als „rechtlich“ zu bestimmen. Denn es ist ein feststehender Satz der Logik, daß die Induktion niemals über das benutzte Material hinausführen kann. Daher ja gerade die Lehre Kants von den synthetischen Urteilen *a priori*. Alle Erfahrung bedingen kann vielmehr nur, was selbst unbedingt ist, wenn es auch in der Erfahrung, mit der ja alle Erkenntnis anheben muß, vorgefunden wird. Deshalb hat ja Stammler selbst die Induktion als Weg zu dem von ihm gesuchten reinen oder formalen Begriff abgelehnt, die Methode, die der Empirismus allein als Methode wissenschaftlicher Forschung gelten lassen wollte, und dafür die Methode der kritischen Analyse gefordert. Nur hat er, wie ich gezeigt zu haben glaube, sich in einem bedauerlichen Irrtum über diese befunden. Und so besteht sein Hauptverdienst, das ich nicht bestreiten kann, darin, die Aufmerksamkeit der Juristen auf die Notwendigkeit methodologischer Besinnung gelenkt zu haben, und in seinem Kampf gegen die geistigen Krankheiten der Gegenwart, gegen den Materialismus, Empirismus, Historismus, Psychologismus. Verfehlt aber scheint mir nach wie vor sowohl seine Meinung, daß der Begriff, den er gesucht hat, der formale oder reine Rechtsbegriff als Voraussetzung aller Rechtserfahrung, durch eine kritische Analyse gefunden werden könne, wie daß er das, was er als reinen Rechtsbegriff betrachtet, durch solche Analyse gefunden habe. Sein reiner Rechtsbegriff, das „unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen“, ist, wie jeder Begriff irgendwelches Wollens, nicht rein, sondern ein empirischer Allgemeinbegriff, der nicht leisten kann, was er leisten soll, und der nicht durch eine kritische Zerlegung des Bewußtseinsinhaltes „Recht“, sondern durch bloße Induktion gefunden ist. Alles Wollen liegt im Gebiet des Tatsächlichen, ist ein empirischer Vorgang, ein psychologischer Prozeß; es kann davon einen Begriff geben, der bald enger, bald weiter gefaßt ist; aber dieser Begriff kann nicht als „rein“, d. h. frei von den wechselnden empirischen Inhalten, bezeichnet werden. So ist dieses Wollen wohl gewonnen aus diesen Inhalten, aber nicht denkbar als *Apriori* für irgend welche beliebigen Rechtsinhalte, weil es selbst einen Inhalt, und, wenn der Begriff richtig bestimmt ist, einen Rechtsinhalt bezeichnet.

Vor allem aber bedeutet die Meinung, der von ihm gesuchte

Begriff, die Bedingung aller Rechtserfahrung, könne durch eine kritische Analyse von geschichtlich gegebenem Recht gefunden werden, einen Irrtum; einen Irrtum, der auf dem unbegründeten Vorurteil beruht, unsere Bewußtseinsinhalte von Recht setzten eine Synthese a priori voraus, die durch kritische Analyse aufgelöst werden könnte. Sie ist im Grunde ein Rückfall in denselben Naturalismus, den Stammler doch von seinem ersten großen Werke an bekämpft hat; ein solches Verfahren hat einen Sinn ja nur in bezug auf die Gegenstände der Natur. Man muß nur bedenken, was der Sinn der „kopernikanischen Wendung“ war: es sollte die ausnahmslose und notwendige Geltung der Naturgesetze gerade von der Zufälligkeit bloßer Induktion unabhängig gemacht werden: das erreichte Kant durch die Annahme, daß der erkennende Verstand die Gesetze nicht der gegebenen Natur entnehme, sondern umgekehrt, sie der Wirklichkeit vorschreibe und sie dadurch überhaupt erst zur Natur, d. h. zu der unter dem Gesichtspunkt der Gleichförmigkeit und Ausnahmslosigkeit und Notwendigkeit betrachteten Wirklichkeit, mache. Die Gesetzlichkeit der Natur ist in Wahrheit die Gesetzlichkeit des erkennenden Verstandes; deshalb muß diese Gesetzlichkeit in allen Gegenständen dieses erkennenden Verstandes wiederkehren und sind Ausnahmen von ihr undenkbar. Bewiesen wurde dieser Gedanke aber dadurch, daß gezeigt wurde, daß in der Tat in den Gegenständen der Natur die reinen Verstandesbegriffe wiederkehren, in denen sich das naturwissenschaftliche Denken bewegt. Und dadurch ist Kant in der Tat das gute Gewissen der Naturwissenschaft geworden. Ein solches analytisches Verfahren aber hat offenbar bei den Gegenständen des Rechts keinen Sinn; ja die kritische Fragestellung, wenn wir sie so verstehen, wie sie von Kant in bezug auf die Gegenstände naturwissenschaftlicher Erkenntnis gestellt ist, hat hier keinen Sinn, schon deshalb nicht, weil es sich in der Welt des Rechts nicht um theoretische Gesetze, wie in der Naturwissenschaft und Mathematik, sondern um praktische Gesetze handelt, deren ausnahmslose und unvermeidliche Geltung nicht behauptet werden kann und in der Gegenwart niemals mehr behauptet worden ist. Die Frage muß hier von vornherein einen anderen Sinn haben, als in der kritischen Naturphilosophie: Wenn bei dieser die Frage, wie Natur als Gegenstand der Erkenntnis und wie Naturwissenschaft als Erkenntnis dieses Gegenstandes „möglich“ sei, bedeutet: was gewährleistet die objektive Gültigkeit der Sätze der Naturwissenschaft? und die Antwort lauten kann: Natur und Naturwissenschaft sind möglich durch die synthetischen Urteile a priori, durch

die eigene Gesetzlichkeit des erkennenden Verstandes, so kann die entsprechende Frage: Wie Recht als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Erkenntnis möglich sei, nur bedeuten: was gewissen empirischen Gegebenheiten, die wir als Recht bezeichnen, ihren eigentümlichen Rechtssinn gebe, und wie wir diesen Rechtssinn in diesen Gegenständen erfassen können. Hier gilt es also nicht eine Synthesis aufzulösen; denn der Sinn einer Gegebenheit steht zu ihr in keinem synthetischen Zusammenhang. Diese Gegebenheiten als rechtlich — ebenso steht es mit anderen Kulturgegebenheiten — werden ja nicht dadurch ermöglicht, daß zu einem sinnlichen Materiale — Gesichts-, Gehörs- und anderen Empfindungen — die Formgebung des Verstandes hinzutritt, die dann aus den Gegenständen wieder herausgelöst werden könnte, sondern dadurch, daß wir erkennen, daß sie eine bestimmte Aufgabe lösen sollen, daß sie eine Funktion zu erfüllen haben, die als kategorische Forderung erkannt wird. Das ist die einzig mögliche Bedeutung der „Möglichkeit“ auf dem Gebiet der praktischen Vernunft: Wir fragen z. B. in der Politik bei irgendwelchen uns befremdenden Erscheinungen oder gegenüber den Gebilden der modernsten Kunst usw. „wie so etwas möglich sei“ — und meinen damit, was der Sinn dieser Begebenheit oder ob sie etwa „Unsinn“ sei. Was eine rechtliche Gegebenheit, etwa eine Einrichtung der Staatsverfassung, einen Rechtssatz des Strafrechts oder des bürgerlichen Rechts, „ermöglicht“, natürlich als Rechtseinrichtung und nicht in ihrer bloßen Tatsächlichkeit, als etwas nur Vorhandenes, das ist nicht etwa eine besondere Art des Zustandekommens, oder eine bestimmte formale Urteilsfunktion des erkennenden Subjekts, sondern das ist der spezifische Rechtssinn der Einrichtung oder des Satzes; sein B e j a h t - w e r d e n - m ü s s e n vom Standpunkt der praktischen Vernunft, seine Begründung in der sittlichen Idee, die sich im Hinblick auf die Notwendigkeit des Menschen, i n G e m e i n s c h a f t z u l e b e n, zur Forderung des Gemeinschaftslebens auch gegenüber dem selbstsüchtigen, der Gemeinschaft widerstrebenden Willen des einzelnen gestaltet: es soll G e m e i n s c h a f t s e i n, weil nur in ihr der Mensch zu dem werden kann, wozu er angelegt ist, und weil Gemeinschaft sein soll, soll auch Recht sein, sollen alle die Einrichtungen und Gebote sein, die den Menschen in die von ihm vielleicht abgelehnte, vielleicht nicht verstandene Gemeinschaft zwingen. Das habe ich versucht, in meiner Philosophie des Rechts näher auszuführen. Hier können also die Kategorien des theoretischen Verstandes, des formalen Denkens, wie sie etwa in der

kantischen Kategorientafel aufgezählt sind, gar nicht in Betracht kommen: also etwa die Kategorie der Größe, oder der Substanz, oder der Kausalität usw. — mit denen wir „Gegenstände“ der Außenwelt denken. Diese ganze Kategorienlehre ist ja nur auf die Gegenstände der mathematischen Naturwissenschaft berechnet, wie die Lehre von den synthetischen Urteilen a priori zur Begründung der Gesetze der reinen Mathematik und Naturwissenschaft dient. Wenn also schon die Rechtsphilosophie an Kant und die kritische Problemstellung bei ihm anknüpfen wollte, so mußte sie an die Kritik der praktischen Vernunft und der Urteilskraft anknüpfen, die freilich in nuce schon in der Kritik der reinen Vernunft enthalten sind: an die Lehre vom kategorischen Imperativ, die nur der Unverstand als eine Sache des Glaubens betrachten kann, an seine Untersuchung über die Frage, wie Sittlichkeit möglich sei, wie der Mensch für seine Taten sinnvoll verantwortlich gemacht werden könne, wie also eine Zurechnung im Sinne der Moral und des Rechts möglich sei, und an seine Antwort: nur unter der Voraussetzung der Freiheit, die mir bewußt wird gerade durch das kategorische Gebot der praktischen Vernunft, das: du kannst, denn du sollst, an die ganze Lehre von der Gesetzmäßigkeit der Freiheit, die neben und gegen die Gesetzmäßigkeit des theoretischen Verstandes in den beiden andern Kritiken begründet wird. — Auf der Grundlage der Kritik der Vernunft war also sehr wohl eine Lehre vom reinen Wollen möglich; aber freilich mußte dieses reine Wollen als Idee, als praktische Vernunftaufgabe, aufgefaßt werden, der der empirische Mensch mit seiner Sinnlichkeit gegenüberstand; um einen reinen Begriff im Sinne der reinen Begriffe des theoretischen Denkens handelte es sich dabei keinesfalls. Das war der grundsätzliche Irrtum Stammlers. Und dieser Irrtum ist der Rechtsphilosophie unserer Tage verhängnisvoll geworden. Sie sucht mit den Methoden der formalen Logik, des reinen Denkens, zu arbeiten; sie setzt sich die Gewinnung reiner Begriffe zum Ziel, sie denkt an die Begründung einer „reinen“ Rechtslehre; sie fordert eine metaphysikfreie und von jeder ethischen Voraussetzung gelöste Rechtsphilosophie und sucht nach Sätzen, die den synthetischen Urteilen a priori der Naturwissenschaft analog sein sollen — und hat keine Ahnung davon, daß sie damit etwas ganz Unmögliches und Widersinniges unternimmt; daß, wenn sie das Recht von der Ethik löst, wenn sie Formallogik mit dem Rechte treibt, sie das Rechtliche aus dem Recht entfernt. Ich denke dabei an so scharfsinnige Gelehrte wie Kelsen, an so fruchtbare Schriftsteller wie Sander und Felix Kaufmann; die ganze ungeheuere Arbeit dieser

Richtung muß ich als vergeblich betrachten. Auf die Einzelheiten einzugehen, fehlt mir leider der Raum¹⁰⁾.

Auf Grund einer richtig verstandenen kritischen Philosophie ließe sich also allerlei erreichen: die Überwindung des Naturalismus, die freilich auch eine Überwindung der Formallogik wäre; die Erkenntnis der besonderen Bedingungen der Sollens-Gesetze, als welche doch zweifellos die Rechtsnormen zu betrachten sind, und die Zurückführung dieser Gesetze auf das oberste Gesetz der praktischen Vernunft, eben auf den kategorischen Imperativ. Das Streben der heute herrschenden Richtung, die ich eben als Kantianismus bezeichnet habe, nach Formalität, nach Reinheit des Rechtsbegriffs führt nicht zur Überwindung vor allem des Naturalismus, sondern führt im Grunde direkt auf ihn hin: denn formal ist nur das wertfreie Denken, das die wertfreie Welt, die Natur, die Welt der Naturwissenschaft, begründet. Es ließe sich also auf der Grundlage der kritischen Philosophie wirklich einiges erreichen. Aber damit wäre doch nicht die Aufgabe einer richtigen Rechtsphilosophie gelöst. Die Rechtsphilosophie ist Philosophie und hat ihre Aufgabe gelöst nur dann, wenn sie sich selbst eingegliedert hat in das philosophische System, oder, was dasselbe ist, wenn sie das Recht eingegliedert hat in einen ganz widerspruchsslosen systematischen Zusammenhang, wenn durch sie das Recht zu einem Bestandteil der Totalität der Erkenntnis, die wir Welt, *κοσμος*, zu nennen pflegen, geworden ist. Und das ist die Stelle, wo der Kritizismus über sich selbst hinausführt, wo in der Philosophiegeschichte die Leistung des Idealismus in Betracht kommt, der freilich in der Anlage schon in Kant selbst enthalten ist. Das ist der Punkt, wo wir den Schritt tun müssen von Kant, von der richtig verstandenen kritischen Philosophie, zu Hegel — d.h. dem richtig verstandenen Hegel und nicht dem Hegel des rechtsphilosophischen Positivismus.

V.

Ich habe mich in verschiedenen Arbeiten bemüht, zu zeigen, wie das Werk Kants, dessen Größe und Konsequenz wir nicht müde werden zu bewundern, notwendig über sich selbst hinausführt, wie die Entwicklung unaufhaltsam zu Hegel führt, den wir insofern als den Vollender der Grundgedanken Kants, als den Schlußstein der kritischen Philosophie betrachten können¹¹⁾. In

¹⁰⁾ Vgl. m. „Philosophie des Rechts“ S. 118—210 ff.

¹¹⁾ Vgl. vor allem meine Kantfestrede „Kants Bedeutung für das deutsche Geistesleben (Beitr. z. Philos. d. d. Idealismus 1925) und meine „Phil. d. Rechts“ S. 13 ff.

der Tat setzt sein System die beiden Grundgedanken Kants wesentlich voraus: die Kopernikanische Wendung und den Primat der praktischen Vernunft, diese Lehre, die im Grunde schon in der ersteren enthalten ist und die es ermöglicht, die Sittlichkeit auf die Idee der Freiheit zu gründen und nicht im Naturalismus untergehen zu lassen. Indem das Subjekt zur transzendentalen Bedingung der Welt gemacht wird, der es seine Gesetze gibt, steht es über dieser von den Gesetzen beherrschten Welt; es hört aber damit auch auf, der einzelne empirische Mensch zu sein, der vielmehr zum bloßen Organ der überindividuellen Bedingung alles Seins und Sollens wird; dieses Subjekt ist also, wenn wir den Gedanken Kants zu Ende denken, die überindividuelle, die Welt in ihrer Tatsächlichkeit, mit ihren so oder so beschaffenen Gesetzen, beherrschende Vernunft. Diese Konsequenz der kritischen Philosophie führt zu Fichtes absolutem Ich und schließlich zu Hegel, dessen Rückkehr vom Subjektivismus Kants zum theoretischen und praktischen Objektivismus nicht mißverstanden werden darf: es ist keine Rückkehr zu irgendwelcher Ontologie, wie man oft behauptet hat, um darin ein Argument gegen Hegel zu finden, sondern nur die letzte Konsequenz aus der kantischen Philosophie: denn indem das Ich der Welt seine Gesetze vorschreibt, erhebt es sich selbst nicht nur über die Naturgesetzlichkeit der Welt, deren Bedingung es selbst ist, sondern durchdringt es zugleich die Welt mit dieser Gesetzlichkeit, wodurch diese Teil gewinnt an dem Geiste des Subjekts und selbst Geist wird. Das ist die Natur als der Geist in seinem Anderssein; das bei Fichte noch geistlose, dem Geiste wesensfremd gegenüberstehende Nicht-Ich wird auf diese Weise in die geistige Welt hineingezogen, und die Welt mit ihrem Gegensatz von Ich und Nicht-Ich so zu einem großen Vernunftzusammenhang ausgestaltet, in dem sich der Geist auf dem Wege der Dialektik bewegt. Der Gegensatz von Ich und Nicht-Ich, ihre Wesensfremdheit wird aufgehoben; in dem großen geistigen Zusammenhang der Welt, die Subjekt und Objekt, Natur und Freiheit umspannt, findet auch das Recht seine Stelle, so daß hier wirklich das erreicht wird, was ich als die Aufgabe einer richtig verstandenen Rechtsphilosophie bezeichnet habe: die systematische Eingliederung des Rechts in die Totalität der Welt und des Systems. —

Aber natürlich gelingt das Hegel nicht ohne eine erhebliche Umgestaltung der Lehren des empirischen Kant. Der heutige Kritizismus betrachtet als eine der großen Errungenschaften Kants und der kritischen Philosophie die Unterscheidung von

Sein und Sollen; die Gegensätzlichkeit der Welt des Seins und der Welt der Werte. Und in der Tat hat Kant diese Scheidung streng durchgeführt: die Ideen sind bei ihm nur regulativ, nur Prinzipien der Beurteilung der empirischen Welt, nicht konstitutiv, nicht Bedingungen der Wirklichkeit, die allein die Kategorien des reinen Verstandes sind. Wenn wir also z. B. den ästhetischen Gegenstand betrachten, so „ist“ er eigentlich nicht schön, sondern „schön“ ist nur ein Wertmaßstab, den wir an ihn anlegen, der in seiner Tatsächlichkeit, in seinem Dasein, einfach durch die Kategorien des formalen Denkens konstituiert wird. Und so ist die Sittlichkeit, ist die Idee des guten Willens nicht in der Wirklichkeit zu finden, sondern sie gehört der Welt der Werte an, der Welt des Sollens: mein Handeln gehört nur in seinem Dasein der empirischen Welt an; seine sittliche Qualität erhält es durch die Beurteilung auf Grund des Sittengesetzes. Freilich hat schon Kant diesen Standpunkt nicht streng festhalten können; schon die Welt der Organismen ist nur begreiflich, wenn wir die Idee der Zweckmäßigkeit nicht nur als Beurteilungsprinzip gelten lassen, sondern als gestaltendes Prinzip der organischen Gebilde; und ebenso muß es für die ästhetische Betrachtung als die bloße Verkümmierung eines richtigen Gedankens erscheinen, daß die Schönheit nur der Betrachtung, der Beurteilung, und nicht dem Gegenstand zukommen soll, und es trifft auch nicht wirklich die Meinung Kants, für den der schaffende Künstler gerade der über die Notwendigkeit der Natur sich erhebende, in Freiheit nach Ideen schaffende Genius ist. Hier liegen die Ansätze zu der Fortbildung und Umgestaltung der kantischen Ideen in der Philosophie des Idealismus. Es ist Fichte gewesen, der es entdeckt hat, daß es nicht nur die eine, von Naturgesetzen beherrschte Wirklichkeit, die wir Natur nennen, gibt; daß es neben der Natur „ein zweites Reich der Empirie“ gibt, die Welt der Geschichte, der Freiheit, der Kultur, wobei es sich nicht darum handeln kann, die wirkliche Welt nach Ideen, nach Gesetzen der Freiheit zu beurteilen, sondern darum, daß diese so gestaltete Wirklichkeit überhaupt nur unter der Voraussetzung der Ideen möglich ist. Es liegt nahe, unter diesen Umständen die Ideen als die Mächte zu betrachten, die unmittelbar bedingend und gestaltend in die Wirklichkeit herein wirken, als transzendente Ursachen der praktischen oder ästhetischen Wirklichkeit; und sie sind häufig genug so aufgefaßt worden. Aber es darf dabei nicht vergessen werden, daß die Ideen als Aufgaben erscheinen, die von dem subjektiven Geiste des Menschen empfangen und begriffen werden, so daß er das Medium ist, durch das sie allein wirksam sein

können¹²⁾. Indem der Mensch auf Grund der von ihm begriffenen Ideen handelnd und schaffend in die Wirklichkeit eingreift, gestaltet er diese den ihm gestellten Aufgaben entsprechend um; so wird, ganz dem Wortsinn entsprechend, aus dem Reiche der Natur die Welt der Kultur, die von dem Menschen bearbeitete, gestaltete, neu geschaffene Welt. Und so wird in der Tat die ganze Welt von einem einzigen Prinzip beherrscht: der Geist regiert in der Welt, in der Gesetzlichkeit der Natur wie in der Gesetzlichkeit der Freiheit; sie wird dadurch überhaupt erst eigentlich zur Welt, d. h. zur Wirklichkeit, in der der Geist „waltet“, zur Einheit, zur Totalität, zum geordneten Ganzen, einem Kosmos. Und in dieser Welt, die Natur und Kultur gleichmäßig umfaßt, regieren neben den Gesetzen die Ideen und erhalten sie jede eine von ihr beherrschte Provinz: Sitte, Sittlichkeit, Recht, die Welt des objektiven Geistes, Kunst, Religion und Philosophie, die Welt des absoluten Geistes, die beide sich über der Natur als dem Geiste in seinem „Anderssein“ erheben. Dieses ganze gigantische System aber wird ermöglicht nur durch die dialektische Methode, die auf dem Wege von der Thesis zur Antithesis und zur Synthesis als der Aufhebung und Überwindung der Gegensätze in einem sie umfassenden Begriff eben das Gemeinsame in der Gegensätzlichkeit erfaßt, so vor allem auch die Gegensätzlichkeit von Natur und Freiheit, von Sein und Sollen überwindet und in einem großen Vernunftzusammenhang „aufhebt“. So entwickeln sich nicht nur immer höhere Daseinsformen, entstehen nicht nur immer höhere Welten, sondern es schreitet auch der subjektive Geist von niederen Stufen der Erkenntnis zu immer höheren Stufen fort, bis er auf einer höchsten Stufe, auf der Höhe der Philosophie, sich schließlich selbst als identisch mit dem absoluten Geiste erfaßt, der in ihm nur zu seinem Selbstbewußtsein kommt, und in dieser letzten Synthese alle Gegensätzlichkeit begreift und überwindet. Dieses großartige Gebäude aber ist nicht etwa ein Produkt der „schwärmenden Vernunft“, um mit Kant zu reden, keine „Begriffsdichtung“, um mit den Neukantianern zu sprechen, sondern ist philosophisches System im strengsten Sinne, Ergebnis einer Deduktion, deren zwingende Notwendigkeit eingesehen werden muß. Und so können wir als Ergebnis formulieren: Wir müssen Hegelianer sein, wenn wir Kantianer sein wollen; oder: wir können nicht Kant bejahren, ohne zu Hegel weiterzugehen. Der Beweis dieser Theorie liegt in der Einheit und Widerspruchs-

¹²⁾ Vgl. B. Bauch, Die Idee 1926.

losigkeit des Systems; wenn es sich wirklich zum Kreise schließt, so ist dieser Kreis wahrlich kein *circulus vitiosus*.

Es kommt aber dazu noch ein anderes. Nicht nur in der Ideenlehre müssen wir mit Hegel über Kant hinausgehen, um die Welt des Geistes zu erfassen; wir müssen auch, was in der kantischen Lehre vom Subjekt der theoretischen und praktischen Vernunft als dem Gesetzgeber der Natur und der Freiheit dem Keim nach vorhanden ist, entfalten, und zwar vor allem im Hinblick auf die Welt des Rechts. Führt, wie wir gesehen haben, die Idee der Gesetzlichkeit des Subjekts als Bedingung der Gesetzlichkeit der Welt dazu, daß dieses Subjekt der Sphäre der Individualität entrückt und in eine überindividuelle Sphäre gehoben wird, so wird uns dadurch die Möglichkeit gegeben, zu dem Rechte und seinen verschiedenen Gebilden, vor allem zum Staate, einen anderen und höheren Standpunkt zu gewinnen als Kant. Es ist ja nicht mehr so, daß der Mensch die Vernunft als seine Eigenschaft hat, sondern die Vernunft hat vielmehr ihn; sie ist der eigentliche Daseinsgrund des Menschen, die Vernunft, die sich in dem einen wie im andern auswirkt und die die Grundlage bildet für den wertvollsten Besitz des Menschen, für sein Gemeinschaftsleben. Daß Gemeinschaft unter den Menschen besteht, bedeutet ja im Grunde gar nichts anderes, als einen geistigen Zusammenhang, Gemeinschaft des Empfindens, des Handelns, des Schaffens und Denkens als die notwendige und in der Geschichte bewiesene Voraussetzung aller höheren Tätigkeit des Menschen, seines Aufstiegs aus den Niederungen der Unkultur zu der Höhe seiner Bestimmung. Nicht der bloße Naturtrieb ist es, wie Grotius und andere es sich gedacht haben, der *appetitus socialis*, der die Menschen zusammenführt und der an sich sinnlos und insofern zufällig ist, sondern das eigene geistige und sittliche Wesen des Menschen, das die Gemeinschaft mit anderen fordert, weil er nur in dieser Gemeinschaft teil hat an dem Geiste, der die Welt be-seelt, weil er nur so er selbst wird. Dadurch wird der Mensch an den Menschen gebunden; er tritt auch für die theoretische Betrachtung aus seinem Fürsichsein als Einzelwesen heraus und wird so erst wirklich zu dem *animal sociale*, das in der Verein-samung seine Wirklichkeit nicht hat und verkümmert. Die Konsequenz für das Recht aber liegt auf der Hand.

Kant ist zwar der große Zertrümmerer der Aufklärungswelt gewesen, gehört aber mit seinen Grundbegriffen und Voraussetzungen doch wesentlich der Aufklärung an. Die Aufklärung aber konnte die soziale Natur des Menschen mit ihren Mitteln nicht fassen, und so war und blieb er für sie wesentlich Individuum,

Atom, die bloße Einzelheit, aus der wohl Mengenbegriffe gebildet werden konnten, aber keine Einheit zustande kam. Das hängt mit ihrem mathematisch-naturwissenschaftlichen Interesse zusammen; für die Physik handelt es sich immer darum, die Welt der Wirklichkeit in ein System von abstrakten Größen umzu-denken, mit denen sich rechnen läßt, und von allem Irrationalen in der Wirklichkeit deshalb abzusehen. So mußte auch von dem, was uns heute gerade als das Individuelle am Menschen erscheint, was ihm seine Einzigartigkeit und Unvertretbarkeit gibt, abgesehen werden: der Mensch der Aufklärungszeit ist das „individualitätslose Individuum“. Mit dieser Einheit arbeitet die Aufklärung, auch auf politischem, rechts- und staatsphilosophischem Gebiete. Es ist der Mensch als *ens rationale*, ein „Gegenstand“ mit der Eigenschaft der Rationalität; insofern sind auch die Menschen einander gleich: sie haben alle Vernunft und wären, wenn sie sie nicht hätten, keine Menschen. Und da dieses Vernunftwesen in seiner Einzelheit das der natürlichen Betrachtung Gegebene ist, geht auch die rechtsphilosophische Betrachtung der Aufklärung von ihm aus: sie kann gesellschaftliche Gebilde auch nur als Vereinigung einzelner Menschen denken, und da sie die Vernunft auch nur als Eigenschaft einzelner Menschen kennt, kann sie die gesellschaftlichen Gebilde auch nur vom Standpunkt dieser Individualvernunft beurteilen. Die Folge ist die Lehre von den vorstaatlichen und vorgesellschaftlichen Zuständen der vollkommenen Vereinzelung des Menschen; die Auffassung, daß diese Einzelwesen den Staat willkürlich gründen und sich willkürlich Gesetze geben; die Folge ist, daß Rechtsordnung und Staat als auf den Zwecken der Einzelnen beruhend gedacht und vom Standpunkt der individuellen Nützlichkeit aus beurteilt und kritisiert werden. So wird also vor allem der Staat als um der Zwecke der Individuen willen von ihnen gegründet gedacht und ihrer Kritik unterworfen; in der Konsequenz liegt das Recht, den Staat aufzulösen, umzustürzen oder willkürlich aus ihm auszutreten, wenn er dieser Kritik nicht standhält. Es liegt aber in der Konsequenz dieser Auffassung des Individuums noch etwas anderes: eine positive Forderung auf Gestaltung der Rechtsordnung und des Staates in bestimmter Weise: aus der Gleichheit der Menschen in bezug auf die Vernünftigkeit überhaupt wird allmählich die Gleichheit der Menschen von Natur und vor allem auch vor dem Richterstuhl des Naturrechts; und hieraus ergibt sich dann die Forderung nach vollkommener Rechtsgleichheit, die schließlich bestimmte Garantien verlangt, die immer weiter greifen, wie wir das an der Geschichte der französischen Re-

volution sehen können, und schließlich zum Kommunismus führen. — Diese Konsequenzen hat Kant selbst freilich nur teilweise gezogen; vor allem hat er das Recht der Einzelnen zur Revolution kategorisch verneint. Aber die Neukantianer haben diese Konsequenzen freilich größtenteils gezogen und aus Kant einen Demokraten, ja sogar einen Sozialisten gemacht. Das halte ich für verkehrt. Immerhin aber äußert der individualistische Standpunkt bei Kant die Konsequenz, daß er den Staat nur individualistisch zu denken vermag: nur ist seine Begründung des Staates vom Standpunkt des Individuums nicht, wie bei andern Individualisten, utilitarisch oder eudämonistisch, sondern es ist ein ethischer, rigoroser Individualismus: der Staat ist gegründet um der sittlichen Freiheit seiner Bürger willen: sie opfern im Staatsvertrag die Freiheit ihrer Willkür, um dafür die Möglichkeit der sittlichen Freiheit einzutauschen; das ist der Sinn der Formel: im Staate wird die Willkür des einen mit der des andern in einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt gedacht. Die Folgerungen aus diesem individualistischen Ausgangspunkt sind dann von anderen gezogen worden, wobei ihnen die Philosophie und Politik des Auslandes den Weg gewiesen hat.

Es finden sich aber schon bei Kant Ansätze zu einer anderen Auffassung, die wir dann bei Hegel bewußt durchgeführt sehen. Ist das erkennende Subjekt, ist das Subjekt der sittlichen Gesetzgebung nicht mehr der empirische Einzelmensch in seiner individuellen Vernünftigkeit, sondern „die Menschheit in ihm“, die Vernunftgemeinschaft, als deren Mitglied allein der Mensch Träger einer „Würde“ an Stelle eines Preises ist, wird also die Gemeinschaft selbst zu einer ursprünglichen Realität in der moralischen und geistigen, und das heißt vor allem auch, in der geschichtlichen Welt, so entschwindet die Notwendigkeit, Rechtsordnung und Staat als willkürliche Schöpfung einzelner Menschen zu denken und ihnen nur einen von dem Willen und den Interessen der Einzelnen abgeleiteten Wert zuzuerkennen. Nun wird die Aufgabe, die Geschichte zu belauschen: da zeigt es sich, daß die Staaten in Wirklichkeit nicht durch Verträge der einzelnen geschaffen worden sind, sondern daß der Staat in die Tiefen der Vorgeschichte zurückgeht und überall wo Menschen gelebt haben, sie in der Form der Rechtsordnung gelebt haben. Und es zeigt sich weiter, daß sie nicht willkürlich als einzelne sich mit einzelnen zusammengefunden haben, sondern daß die Menschheit in ihrer geschichtlichen Entwicklung sich in individuell verschieden geartete Völker auseinanderlegt, sich zu Nationen entwickelt, die ein eigenartiges geistiges und sittliches Leben führen und dieser

Eigenart auch in ihrem Rechts- und Staatsleben Ausdruck geben. Das politische Subjekt ist nicht mehr der Mensch, das Individuum, sondern die Nation. Ansätze zu dieser Auffassung finden sich auch schon bei Kant, ja schon bei Rousseau, von dem Kant ja mächtig beeinflußt gewesen ist; die geistige Individualität der Nation aber hat erst Fichte erkannt und erst Hegel hat daraus in seiner Geschichts- und Rechtsphilosophie die letzten Folgerungen gezogen. Der Staat die notwendige Form, in der das geistige Leben eines Volkes pulsiert, das Volk nicht als ein Aggregat jetzt lebender Menschen, sondern als geschichtliches Individuum mit einem Leben in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, mit einem eigenen Geist und einem eigenen Leben, dessen Form nur sein Recht und sein Staat sind, die selbst an seinem geistigen Leben, an seiner Geschichte teilnehmen, so daß die Menschheitsvernunft in den Nationen erscheint und durch sie in der Geschichte sich auswirkt. Es ist die Idee der Einheit von Nation und Staat, die hier zum Durchbruch gelangt; es ist der Staat als Organismus, der sein Recht nicht von den einzelnen Gliedern empfängt, sondern der als Lebensform der Nation an deren eigenem Wesen und eigenem Rechte teil hat und daher vor allem auch über die Kritik der einzelnen erhaben ist: denn nicht der einzelne, sondern die Nation schafft sich den Staat, in dem sie lebt, und nur den Zwecken der Nation hat er zu dienen. So hat der Staat nicht nur die Aufgabe, das sittliche Leben seiner Bürger zu ermöglichen, sondern er ist selbst etwas Sittliches, er hat seine eigene sittliche Aufgabe; aus dem Wesen des Menschen als *ens rationale*, aus der Natur des Menschen als geistiges Wesen folgt, daß er in Gemeinschaft leben soll, und die Wirklichkeit dieser Gemeinschaft ist die Nation und der Staat, womit sie gerade gegenüber individualistischen Tendenzen begründet und vor ihnen gesichert sind. — Und so ist auch davon keine Rede mehr, daß der Staat etwas Zufälliges und Vergängliches sei, daß die Menschen einmal über den Staat hinauswachsen könnten oder der Staat die Aufgabe hätte, sich selbst durch Erziehung seiner Bürger zur reinen Vernunft überflüssig zu machen, wie noch Fichte angenommen hatte, bei dem sich die entgegengesetzten Motive um die Herrschaft streiten, sondern der Staat entspringt der sittlichen und vernünftigen Natur des Menschen und dem Wesen der Nation; er ist der notwendige Ausdruck dieses Wesens und deshalb ewig wie diese, selbst etwas Sittliches, geradezu die Wirklichkeit der sittlichen Idee und insofern etwas Göttliches.

Dadurch wird natürlich der Staat und das Recht über das Niveau hinaufgehoben, das ihnen der Individualismus der Aufklärung einräumen konnte. Der Staat ist gar nicht von den Menschen gemacht; sie haben ihn nicht vereinbart und sind nicht in ihn eingetreten, sondern sie werden in ihn wie in die menschliche Vernunftgemeinschaft hineingeboren und haben an ihm notwendigen Anteil. Ebenso liegt aber auf der Hand, daß auch das Individuum von diesem Standpunkt aus über das Individuum der Aufklärung und unserer Gegenwart, die ja nur eine neue Aufklärung ist, hinausgehoben wird. Es ist nicht mehr das Atom, die Rechnungseinheit der politischen Mathematiker, aus der sich die sozialen Aggregate zusammensetzen, sondern es hat seinen tiefsten Daseinsgrund in der Weltvernunft, die in ihm wie in den sozialen Gebilden erscheint, die ihm die Würde und den Wert gibt, durch die es in Gegensatz zu den „Gegenständen“ gestellt ist, die keinen Wert, nur einen Preis haben; dadurch wird es zum Subjekt schlechthin, das in keiner Weise zum Objekt gemacht werden darf, auch nicht in erkenntnistheoretischer oder wissenschaftlicher Beziehung, das schlechthin freie Wesen, Bedingung aller Wirklichkeit und selbst unbedingt, weil es nichts anderes ist als das Selbstbewußtsein der über alle bedingten Verhältnisse erhabenen Macht, die als Geist sich die Welt erbaut. —

Diese Auffassung, zu der Kant den Grund gelegt und die Fichte fortgebildet hat, vor allem durch seine Entdeckung der geschichtlichen und sittlichen Persönlichkeit der Nation, die von Schelling weitergeführt, aber erst von Hegel mit völliger Klarheit und Konsequenz durchgeführt ist, kann im Gegensatz zu der zuerst genannten individualistischen Auffassung, die die Staatsphilosophie der Aufklärung beherrscht und die durch den Positivismus des 19. Jahrhunderts zu neuer Geltung gebracht worden ist, die vor allem in der rechtsphilosophischen Literatur der Engländer und Amerikaner ganz ausnahmslos vertreten ist, verschieden bezeichnet werden. Sie wird häufig die universalistische genannt, wobei der Gedanke zugrunde liegt, daß die vielen einzelnen im Staate zu einer Einheit verbunden sind — in unum versi sunt; ich habe sie ehemals als die transpersonalistische Staatsauffassung bezeichnet, wobei ich davon ausging, daß die universitas, die dabei ja auch vorausgesetzt wird, die transzendente Bedingung für die Persönlichkeit des Individuums bildet, insofern dieses das Organ der Gemeinschaft, und durch sie bedingt ist in seinem Sein und seinem Werte, so daß es nichts ist in seinem Fürsichsein, herausgelöst aus der Gemeinschaft, möglich ist nur durch sein Leben in ihr und für sie. Die gewöhn-

lichste Bezeichnung dieser Auffassung aber ist die *organische* — sprachlich nicht ganz richtig, weil nicht die Auffassung, sondern der Staat nach ihr organisch ist —; es ist das alte, schon dem Platon bekannte Gleichnis vom Staate als dem Menschen im großen, zu dem sich seine Mitglieder nur wie Glieder zu einem organischen Ganzen verhalten. Das darf natürlich nicht mißverstanden werden: um einen Organismus im natürlichen, biologischen Sinn handelt es sich dabei keinesfalls; und wir dürfen uns nicht durch den Vergleich verleiten lassen, in den Naturalismus zurückzuverfallen, den wir endgültig hinter uns gelassen zu haben glauben. Aber eine andere Gefahr liegt in dieser Auffassung, weil im natürlichen Organismus das Glied seine Selbständigkeit verliert, kein eigenes Leben, keine Selbständigkeit besitzt, nur Teil des Ganzen ist. So hat man in der Tat dieser Theorie und vor allem Hegel vorgeworfen, er lasse die Einzelpersönlichkeit im Staate aufgehen; bei ihm habe zwar der Staat einen eigenen Wert und sei er Träger seines eigenen Rechts, worüber er den Einzelnen nicht Rechenschaft zu geben brauche, aber gegenüber diesem ursprünglichen Subjekt alles Rechtes, dem Staate als Selbstzweck, verliere der Einzelne seine eigene Persönlichkeit, werde er zum bloßen Objekt, zum Mittel für die überindividuellen Zwecke der Gemeinschaft. Das ist das uralte liberale Mißverständnis der Hegelschen Staatsauffassung: weder ist die Entpersönlichung des Individuums von Hegel gelehrt worden, noch liegt sie in der Konsequenz seiner Staatsphilosophie, so wenig, daß vielmehr gerade auch die Einzelpersönlichkeit erst ihre wirkliche Begründung durch sie erhält; und so habe auch ich mich in meiner gerade in dieser Frage an Hegel orientierten Rechtsphilosophie bemüht, zu zeigen, daß erst durch diese „transpersonalistische“ Auffassung der Mensch, das Individuum, als Subjekt oder Person ermöglicht wird. Man lese nur Hegels Begründung der Persönlichkeit in der Einleitung zu seiner Rechtsphilosophie, wo die Persönlichkeit auf den freien Willen gegründet wird und das Subjekt definiert wird als die *Allgemeinheit* des für sich freien Willens¹³⁾. In dieser Persönlichkeit liegt für ihn, „daß ich als dieser vollkommen nach allen Seiten (in innerlicher Willkür, Trieb und Begierde, sowie nach unmittelbarem äußerlichen Dasein) Bestimmte und Endliche“ mich doch „als das Unendliche, Allgemeine und Freie weiß“. Vom Aufgehen des einzelnen in der Gemeinschaft, von der Vernichtung seiner Persönlichkeit um der Gesamtpersönlichkeit willen ist also keine

¹³⁾ Hegel, Rechtsphilosophie §§ 5, 6; § 7 Zusatz; §§ 24, 26, 28, 29 u. ö.

Rede; es gibt gar keinen Philosophen, der den Eigenwert der einzelnen Persönlichkeit tiefer erfaßt und schärfer herausgearbeitet hätte als Hegel. Aber freilich ist die Freiheit des Willens, von der diese Persönlichkeitstheorie ausgeht, etwas ganz anderes als die bloße Freiheit der Willkür, die Freiheit des Eigensinns etwa, „der lediglich will, um zu wollen, und sich unfrei wähnt, wenn er diesen Willen nicht hat“, der vielmehr für Hegel erst frei wird, indem er sich preisgibt, indem er darauf verzichtet, Eigen-Sinn zu sein. Die Willensfreiheit, so wie Hegel sie versteht — und wir sie mit ihm verstehen — besteht überhaupt nicht in der Freiheit der Willkür, wie Wille für ihn überhaupt nicht Willkür oder Trieb, im Sinne Schopenhauers etwa ist, sondern vernünftiger Wille, Selbstbestimmung nach den Gesetzen der überindividuellen Vernunft; so setzt der wahrhaft freie Wille die Einheit zweier Momente voraus, der Besonderheit und der Allgemeinheit, insofern sich das Selbstbewußtsein zugleich als Besonderes und Allgemeines weiß, so daß das Besondere „durch seine Reflexion in sich mit der Allgemeinheit ausgeglichen wird“. Es ist nicht die schlechte Unendlichkeit des aus sich hinausstrebenden Wollens, sondern die wahre Unendlichkeit des in sich selbst zurückkehrenden Wollens, wodurch wieder der Kreis geschlossen wird, der das System ist. Das Individuum ist in seiner Selbstheit nicht vernichtet; sondern diese ist vielmehr aufs äußerste betont; aber ebenso wird betont, daß diese Selbstheit Person ist nur insofern sie sich als die Allgemeinheit weiß, insofern es der Wille ist, in dem „alle Beschränkung und besondere Einzelheit aufgehoben ist“, „der schlechthin objektive Wille“, der „seinem Begriff gemäß und wahrhaftig ist“. Und dieses ist im Grunde nichts anderes als der kantische Gedanke, der in seiner Formulierung des kategorischen Imperativs zum Ausdruck kommt, die Willkür des einen mit der des andern in einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zu vereinigen: sich bewußt zu sein, Mitglied der sittlichen Gemeinschaft zu sein, mit jeder Handlung als der Betätigung der subjektiven Vernunft ein allgemeines Prinzip aufzustellen und sich deshalb zu fragen, ob die der Handlung zugrunde liegende Maxime des subjektiven Willens als allgemeines Prinzip für menschliches Handeln überhaupt erträglich wäre. Nur daß dieser Gedanke bei Hegel auch in besonderer Weise ausgereift und vollendet ist: die Idee der Persönlichkeit weist über das bloße Individuum hinaus auf ein Allgemeines; es ist der sich selbst als solches wissende Wille, der Geist, der im Besondern wirklich ist und ihm seinen Sinn gibt, so daß das Individuum, das diesen Geist verneint und sich ganz auf sich selbst

stellt, der *ιδιότης* im wörtlichen Sinne, damit gerade seine Persönlichkeit preisgibt. Der „an und für sich freie Wille“ hat bei Hegel das Selbst überwunden; er will das Objektive, er ist Subjektivität und Objektivität zugleich. Wie das gemeint ist, erhellt am besten aus Hegels Polemik gegen Rousseau, nach welchem „der Wille, nicht als an und für sich seiender, vernünftiger, der Geist nicht als wahrer Geist, sondern als besonderes Individuum, als Wille des einzelnen in seiner eigentümlichen Willkür die substantielle Grundlage und das Erste sein will“, was zur Folge hat, daß Rousseau das Vernünftige, d. h. das was Hegel als die Wirklichkeit der Vernunft und mithin als die Freiheit überhaupt erscheint, „nur als B e s c h r ä n k u n g der Freiheit des einzelnen, als ein nur formales Allgemeines, nicht als das immanent Vernünftige“ denken kann. Diese Auffassung ist für Hegel „ohne alle spekulative Gedanken und von dem philosophischen Begriff verworfen“; sie hat ihre Unhaltbarkeit dadurch bewiesen, „daß sie in den Köpfen und in der Wirklichkeit Erscheinungen hervorgebracht hat, deren Fürchterlichkeit nur an der Seichtigkeit der Gedanken, auf die sie sich gründeten, eine Parallele hat“¹⁴⁾. In dieser Kritik des aufklärerischen Individualismus und seiner Folgeerscheinungen in der französischen Revolution ist wohl die Veranlassung zu dem Vorwurf zu suchen, den ihm der Unverstand des ausgehenden 19. Jahrhunderts gemacht hat, Hegel vernichte mit seiner Staatslehre die individuelle Persönlichkeit. Das trifft nur zu für die mißverstandene Persönlichkeit, die ihre Selbständigkeit und Eigengesetzlichkeit übertreibt. Hegels Staatslehre enthält den freien Willen als ein Moment in sich; sie wird, im Sinne der Hegelschen Dialektik, in der Staatspersönlichkeit nicht vernichtet, sondern nur „aufgehoben“ und insofern mit der Persönlichkeit der Gemeinschaft zugleich bejaht; verneint wird nur die Einzelpersönlichkeit, die in ihrer Subjektivität beharren will, die sich dem Allgemeinen als seine Negation entgegensetzt. Verneint wird also der übertriebene Persönlichkeitsbegriff der Romantik oder des späteren Liberalismus; aber er wird zugleich ersetzt durch eine höhere Auffassung, in der der von der individualistischen Staatstheorie der Aufklärung vorausgesetzte Gegensatz von Individuum und Staat seinen Sinn verliert.

VI.

Ich glaube nicht, daß diese Auffassung noch einer Begründung bedarf; sie ist in dem gegeben, was ich über die Entwicklung des

¹⁴⁾ Rechtsphilosophie § 29.

Persönlichkeitsbegriffes von Kant bis Hegel ausgeführt habe; sie ist in der Notwendigkeit der Entwicklung des Idealismus von Kant zu Hegel enthalten. Diese organische oder universalistische Staats- und Rechtsauffassung aber und vor allem die Erkenntnis, daß die Gegensätzlichkeit von Individuum und Gemeinschaft, von Einzelpersönlichkeit und Staat nur *dialektisch* ist, daß dieser jene und jene diesen voraussetzt, wird sich unsere heutige Rechtsphilosophie wieder erwerben und als dauernden Besitz festhalten müssen. Und dann wird sich, nach dem Worte Goethes, daß, was fruchtbar ist, allein wahr ist, die Wahrheit dieser Auffassung hoffentlich auch in der Praxis bewähren. Es ist ja gestern auf diesem Kongreß viel von der Unfruchtbarkeit rein theoretischer Arbeit und von der Notwendigkeit die Rede gewesen, daß auch die Philosophie der Praxis und dem Leben diene. Und in der Tat: daß sie dem Leben dienen muß, wenn anders sie überhaupt Philosophie sein will, das ergibt die einfache Erwägung, daß Rechtsphilosophie ihrem Begriff nach nicht theoretische, sondern nur praktische Philosophie sein kann. Deshalb vor allem habe ich ja den Formalismus in der Rechtsphilosophie bekämpft, den die Neukantianer betreiben und der freilich, indem er darauf ausgeht, aus der Wirklichkeit des Rechtes tote Formeln herauszupräparieren, den Zusammenhang des Rechtes mit der Ethik, und damit mit der Praxis und dem Leben zerreißt, und die Sehnsüchte unserer Zeit, das Verlangen nach gültigen Inhalten, nicht stillen kann. Dagegen glaube ich sagen zu dürfen, daß die hier entwickelte Auffassung, die Hegel zuerst in voller Klarheit verkündet hat, der Persönlichkeit und der Gemeinschaft, imstande ist, die Schmerzen unserer problemreichen und schmerzvollen Zeit zu stillen. Und daß sie das kann, darin bewährt sie sich eben als praktische Philosophie und damit als Philosophie überhaupt. Und das ist auch die Aufgabe meiner Rechtsphilosophie. Es ist Unsinn, wenn behauptet wird, damit daß sie zu den brennenden Problemen der Gegenwart Stellung nehme und es ablehne, eine Mathematik der Rechtswissenschaft zu sein, verzichte sie auf die Objektivität der Wissenschaft: denn diese Stellungnahme erfolgt nicht auf Grund subjektiver Wünsche und Neigungen, sondern von der Objektivität philosophischer Erkenntnis aus: nicht von einer dogmatischen Voraussetzung aus, wie sie allen politischen Parteien mehr oder weniger eigentümlich ist, sondern von dem Richterstuhl der praktischen Vernunft. Die politischen Strömungen, die sich heute so leidenschaftlich wie noch nie bekämpfen, und von denen keine die andere versteht oder auch nur verstehen will, leiden an einem gemeinschaftlichen Fehler, nämlich daß sie

nur antithetisch, nicht synthetisch zu denken vermögen, daß sie von dem dialektischen Gegensatz und der dialektischen Wechselbeziehung, die zwischen Individuum und Staat besteht, nur ein Moment zu betonen und in eine harte Gegensätzlichkeit zum andern zu stellen vermögen, indem sie entweder den Staat gegen das Individuum ausspielen, oder das Individuum gegen den Staat, wobei das Wesen beider verkannt wird und keines zu seinem Rechte kommt¹⁵⁾. Seitdem der deutsche Idealismus zugrunde gegangen ist, wird der Staat nur noch als abstrakter Machtapparat gedacht, dessen Selbstherrlichkeit die Persönlichkeit seiner Bürger bedroht, und erblickt man die politische Aufgabe darin, das Recht der Persönlichkeit zu retten, indem man den „Obrigkeitsstaat“ bekämpft und seine Macht zu schwächen oder in die Hand der Einzelnen zu geben sucht. Aber der Staat, der auf dieser Grundlage möglich ist, der Staat des Liberalismus und der Demokratie, leidet infolge seiner Abhängigkeit vom Willen und von der Kritik der Einzelnen, deren Sinn und Recht obendrein übertrieben ist, an einer Schwäche, die ihm vor allen in schwierigen Zeiten verhängnisvoll zu werden droht, was schon Fichte gesehen hat: denn er hat kein eigenes Recht gegenüber den Einzelnen. Der Individualismus kann eben zum Staat als der Lebensform einer höheren Individualität, des Volkes als einer geistig-sittlichen Einheit, der Nation als eines Wesens mit eigenen Aufgaben, eigenem Willen, eigenem Recht nicht gelangen. Und doch findet sich schon bei Rousseau, dem Vater der modernen Demokratie, neben seiner individualistischen Auffassung eine ganz andere organische, die freilich gegenüber seiner Lehre vom Staatsvertrag nicht zur Entwicklung und zur Auswirkung gelangen kann, die aber für uns insofern von Bedeutung ist, als sie zeigt, daß schon Rousseau die Notwendigkeit empfunden hat, über den reinen Individualismus der Aufklärung hinaus zu gelangen. Und in der Tat: seine Theorie der *volonté générale* schreit förmlich nach einer universalistischen Begründung des Staates. In ihm hat der Individualismus über seine Voraussetzungen nachzudenken begonnen, wenn er auch nicht sich zu überwinden verstanden hat. Aber von ihm ist der deutsche Idealismus mächtig angeregt worden; er hat das Individuum erst zur Persönlichkeit entwickelt, die bei Rousseau nur im Keim vorhanden ist, und hat zuerst auch die Persönlichkeit des Staates richtig erfaßt und die notwendige gegenseitige Bedingtheit der einen und des anderen begriffen. Diese Errungenschaft des Idealismus hat dann freilich der Positivismus, der nur

¹⁵⁾ Vgl. im Näheren meine „Philosophie des Rechts“ S. 288 ff.

die einzelnen Gegenstände als wirklich begreifen konnte und vor den Bäumen den Wald nicht zu sehen vermochte, wieder preisgegeben; und wir leiden an den Folgen dieser Rückbildung. Würde aber die Gegenwart auch in den Fragen der Politik kritisch und nicht dogmatisch denken wollen, würde sie nach dem Sinn des Staates und der Persönlichkeit fragen, würde sie zur Wurzel der Persönlichkeit zurückgehen und bereit sein anzuerkennen, daß das, was heute in unserer politischen Welt wirklich ist, zwar seinen relativen Sinn und seine relative Vernünftigkeit haben kann, aber doch nicht der Weisheit letzter Schluß zu sein braucht, würde sie also zugeben, daß über den gegenwärtigen Zustand hinaus noch eine Entwicklung möglich ist, eine Entwicklung des Gedankens und der praktischen Gestaltung, dann könnte, glaube ich, die politische Not unserer Zeit überwunden werden und könnten wir uns in einem Ziel zusammenfinden: in dem „wahren Staate“ im Sinne Hegels, als der organischen Einheit des Ganzen und der Einzelnen, in dem Gemeinwesen, in dem die Persönlichkeit des Einzelnen erst zu sich kommen kann und dessen Sinn es ist, daß der Einzelne weder für den Einzelnen, noch für die Gesamtheit Objekt werden kann, und das vor allem das Gegenteil des Klassenstaates ist, dessen Idee heute die Geister verwirrt und die Gemüter bedrückt.

Der Rechtsbegriff.

Von

Prof. Dr. jur. et phil. **Karl Wolff**, Innsbruck.

Der große Königsberger Philosoph macht in seiner Kritik der reinen Vernunft die Feststellung: „Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe von Recht.“ Die Feststellung, denn es ist m. E. Somlò beizupflichten, der in seiner „Juristischen Grundlehre“ den Nachweis erbringt, daß es sich hier nicht etwa um eine ironische Bemerkung Kants handelt, wie das so oft angenommen wurde. Soviele Jahrzehnte aber auch seit jener Zeit vergangen sein mögen: Über die Frage, was Recht ist, herrscht auch heute noch keine Einigkeit, ja es gibt kaum ein Gebiet, auf dem der Satz *quot capita, tot sensus* sich so bewahrheitet hätte, wie gerade hier.

Zur Frage steht der Begriff Recht, das Wort im objektiven Sinne genommen. Er ist, wie schon Bergbohm und Bierling hervorgehoben haben, der Zentralbegriff der Jurisprudenz und Rechtsphilosophie.

Kann doch die Frage, was Rechtens, was rechtlich geboten, erlaubt, verboten ist, nur gelöst werden, wenn feststeht, wann ein Belang ein rechtlicher, ein Gebot, ein Verbot ein rechtliches ist. Es ergibt sich hier auch die Frage nach der Rechtsquelle und damit die Frage, wie denn eigentlich festgestellt werden kann, was im einzelnen Falle Rechtsquelle ist. Das ist aber wieder von der Kenntnis der Merkmale des Rechtsquellenbegriffs, und diese wieder von der Erfassung des Rechtsbegriffs abhängig. Kurz gesagt: jede rechtliche Betrachtung ist erst auf Grund gegebenen Rechtsbegriffes möglich.

Die Frage nach diesem, d. h. nach seinen Merkmalen, ist somit nicht aus der Rechtserfahrung zu lösen, ein Satz, der heute so gut wie allgemein anerkannt ist. Es genüge beispielsweise, auf die trefflichen Ausführungen Radbruchs (Grundzüge der Rechtsphilosophie S. 33) und Stammlers (Lehrbuch der Rechtsphilosophie S. 48 f.) zu verweisen. Denn Rechtserfahrung ist Erfahrung an rechtlichen Erscheinungen, und welche Erscheinungen als rechtliche zu charakterisieren sind, läßt sich erst sagen, wenn der Begriff des Rechtlichen, also des Rechts, gegeben ist.

Die Frage ist somit eine rein formale. Nicht was geboten, erlaubt, verboten, nicht was Rechtens ist, wird gefragt, nicht auf den Rechtsinhalt kommt es an, sondern auf das rein Formale der Merkmale des Rechtsbegriffs. Freilich vor einer Verwechslung ist zu warnen! Es könnte ja zufällig gerade ein besonderer Inhalt sein, der beispielsweise das rechtliche Verbot von Verboten anderer Art, z. B. solchen der Sitte, schiede: Allein daß eine solche inhaltliche Abgrenzung des Rechts von ähnlichen Gebieten nicht möglich ist, ist bereits von Somló (a. a. O. S. 76f.) und M. E. Mayer (Rechtsphilosophie S. 41f.) nachgewiesen worden. Jherings diesbezüglicher Versuch (Zweck im Recht II. S. 232) ist auch begreiflicherweise gescheitert. Gibt es doch — um den Nachweis nur schlagwortartig zu erwähnen — Forderungen, die gleichen Inhalts, Forderungen von Rechtsordnungen, Sitten, von Religionen, und Forderungen der Moral sind.

Somit erübrigt sich nur die Frage: Welche formalen Merkmale sind für den Rechtsbegriff unterscheidend, charakteristisch?

Von einer richtigen Definition des Rechtsbegriffs müssen wir dreierlei fordern:

1. Sie muß in sich widerspruchslös sein und auch in ihrer Anwendung zu keinem Widerspruch führen;
2. sie muß eine scharfe Grenzziehung zu ähnlichen, aber doch anderen Gebieten ermöglichen, und
3. alles Zusammengehörige aber auch wirklich erfassen. Damit ist insbesondere gesagt, daß, wenn eine Erscheinung sich als rechtliche darstellt, auch das Entstehen und Enden dieser Erscheinung als rechtlicher Belang begriffen werden kann. Mit anderen Worten: Der Rechtsbegriff erfüllt seine Aufgabe als wissenschaftlicher Begriff erst, wenn er nicht nur statische, sondern auch dynamische Belange erfassen kann. Um konkret zu sprechen: Ein Rechtsbegriff, von dem aus sich die Revolution oder das Entstehen der Verfassung eines neuen Staates nicht begreifen ließe, ist unzulänglich. Mit einer bloßen Verweisung dieser Fragen in das Gebiet des Metajuristischen, wie es Kelsen tut, ist nichts gewonnen.

Es ist nun leicht zu zeigen, daß es bisher noch nicht gelungen ist, einen Rechtsbegriff aufzustellen, der diesen Anforderungen genüge. Die mir zur Verfügung stehende Redezeit zwingt mich allerdings, hier nur einige Beispiele zu geben, den polemischen Teil zugunsten des positiven wesentlich zu kürzen.

Von Autoren, die überhaupt keine Definition des Rechtsbegriffs geben — wie das leider auch in rechtsphilosophischen Werken zuweilen geschieht —, kann füglich abgesehen werden. Ebenso von solchen, die den Begriff des Rechts aus dem des Staates ableiten, ohne letzteren zu definieren (vgl. z. B. M. E. Mayer, a. a. O. S. 56). Manche erklären offen, daß eine Abgrenzung des Rechts von Religion, Sitte und Sittlichkeit unmöglich sei, so z. B. Radbruch (a. a. O. S. 77) und Salomon (Grundlegung zur Rechtsphilosophie 2. Aufl. 1925, S. 68). Andere haben sich um die Grenzziehung vergeblich bemüht, so, wie bereits erwähnt, Jhering.

Auch der Begriff des Völkerrechts erscheint bisher ungeklärt. Vor allem steht man, wie z. B. Binder (Recht und Macht als Grundlagen der Staatswirksamkeit S. 20f.) ausführt, vor der Alternative, Zwang — oder wie man neuerdings sagt: Macht — als dem Recht wesentlich anzusehen und dann das Völkerrecht als Nichtrecht zu charakterisieren oder das Machtmoment als für das Recht unwesentlich zu erklären, wobei man sich wieder vergeblich bemühte, Recht und Sitte voneinander abzugrenzen. Dann aber ergab sich noch ein wichtiges Dilemma, das mit den Schlagworten: Primat des staatlichen Rechts — Primat des Völkerrechts bezeichnet wird. Um der Forderung einheitlicher

Rechtsauffassung zu genügen, erscheint es nötig, staatliches und Völkerrecht auf eine gemeinsame Grundlage zu stellen. Da eine solche bisher nicht gefunden wurde — was vom Standpunkte der gegebenen Definitionen des Rechtsbegriffs natürlich war —, blieb nichts anderes übrig, als entweder das staatliche Recht aus dem Völkerrecht abzuleiten, was nur unter Aufgabe der Souveränität des Einzelstaates möglich schien, oder umgekehrt, was auf dem Boden der bisherigen Theorie nicht gelingen konnte; denn die rechtliche Verpflichtung eines souveränen Staates war einfach nicht zu konstruieren (vgl. Wenzel, Juristische Grundprobleme, I, S. 343).

Die gemachten Ausführungen mögen es rechtfertigen, daß ich in meiner „Grundlehre des Sollens“ (Wolff, Grundlehre des Sollens, zugleich eine Theorie der Rechtserkenntnis) den Versuch gemacht habe, eine Definition des Rechtsbegriffs zu geben, die allen den erwähnten Anforderungen gerecht wird, und es auch ermöglicht, das Völkerrecht als Rechtsgebiet beizubehalten, was nicht notwendig, aber jedenfalls angenehme Begleiterscheinung ist.

Diese Definition lautet: „Recht im objektiven Sinn ist das dem Souverän im Rahmen seiner Souveränität erklärte Zusinnbare.“

Hier ist vor allem die neue Bezeichnung „Zusinnbar“ zu erläutern.

Fremdes Innenleben ist uns unmittelbar unzugänglich. Was ein anderer denkt, fühlt, will, können wir nur erschließen, erschließen aus sinnfälligem, also äußerem Verhalten des anderen. Wir bemerken, daß wir selbst bei bestimmtem inneren Verhalten — z. B. Schmerz — ein bestimmtes äußeres Verhalten: — Schmerzensschrei — beobachten, und schließen daraus, daß das auch bei anderen der Fall ist. Wir erkennen den Schmerz als Ursache des Schmerzensschreies bei uns und schließen von diesem Schrei bei einem anderen auf einen Schmerz als Ursache. „Daß der Schluß nicht immer richtig sein muß, ist schon mit dem Hinweis auf Verstellung, Lüge und Heuchelei nachgewiesen.“ (Wolff, S. 8.) In der Regel stimmt es aber, und „so kommen wir dazu, ein gewisses äußeres Verhalten einem oder mehreren gleichzeitig auftretenden psychischen Phänomenen zuzuordnen“.

„Oft wird ein bestimmtes äußeres Verhalten gerade in der Absicht beobachtet, anderen den Schluß auf das psychische Phänomen, das man erlebt, zu ermöglichen.“ Dann sprechen wir von Mitteilung. Das äußere Verhalten ist dann Zeichen für das Innere, bedeutet dieses. Soll das äußere

Verhalten, also das Zeichen, das das innere bedeutet, zur Zeit, wo es beobachtet wird, wahrgenommen werden, so ist es Sprache, hinterläßt es dagegen Spuren, die den Schluß auf das innere Verhalten zur Zeit der Beobachtung des äußeren auch noch später ermöglichen, so ist es Schrift.

Wir schließen also von Wahrgenommenem auf Nichtgewahrgenommenes. So einen Schluß nennt man Annahme. Für diese Annahmen gilt nun eine Art Trägheitsgesetz: „Wir behalten eine schon gemachte Annahme solange bei, als wir nicht durch neue Prämissen zu einer anderen Annahme motiviert werden.“ (Wolff, S. 9): Gesetz der stetig relativen Annahmen. Ich lege dieses Blatt hierher. Ich sehe es hier liegen. Ich wende mich nun ab. Ich sehe wieder hin. Es liegt „noch“ hier. Dieses „noch“ bedeutet schon: Ich nehme an, daß es auch in der Zwischenzeit, wo ich nicht hingesehen habe, hier gelegen ist. Ich habe das nicht wahrgenommen, aber erschlossen: Es liegt eine Annahme vor, die nach dem erwähnten Gesetz gerechtfertigt ist.

Dieses Gesetz gilt auch für die Annahme fremden Wunschs. Daß jemand etwas wünscht, schließen wir aus irgendeinem äußeren Verhalten: er sagt es, er macht eine verlangende Handbewegung u. dgl. Solange wir nun nichts anderes wahrnehmen, solange keine andere Prämisse auftritt, schließen wir, daß dieser Wunsch besteht, auch wenn das den Wunsch bedeutende Verhalten nicht mehr beobachtet wird. Meyer schreibt am 15. um 4 Uhr nachmittags an Schulze, er würde sich freuen, Schulze am 17. um 8 Uhr abends bei sich zu begrüßen. Schulze erhält diesen Brief am 16. um 3 Uhr nachmittags und schließt daraus, daß Meyer sein — Schulzes — Kommen wünscht. Auch im Augenblick; nicht nur wünschte zur Zeit, da er den Brief schrieb. Augenblicklich schläft aber Meyer, oder er ist mit irgendeiner Arbeit intensiv beschäftigt; er erlebt also den psychischen Vorgang, den wir Wünschen nennen, nicht. Schulze weiß das vielleicht. Kann er nun noch mit Recht schließen, daß Meyer augenblicklich den betreffenden Wunsch hat? Nein. Muß er nun schließen, daß Meyer den Besuch nicht mehr wünscht? Mangels anderer Anzeichen, z. B. einer telegraphischen Absage, gewiß nicht. Was kann er also mit Recht annehmen? Daß — und darauf kommt es an — Meyer, wenn er sich Schulzes Besuch zur betreffenden Zeit vorstellte, ihn auch wünschte. Würde man z. B. Meyer fragen, ob er Schulzes Besuch am 17. wünsche, so würde er bejahen.

Es liegt also jedenfalls mögliches, wenn auch nicht immer gerade wirkliches Wünschen vor. Die Annahme möglichen Wünschens nenne ich nun *Zusinnung*. (Wolff, S. 9.) Schulze sinnt Meyer zu, daß er Schulzes Besuch wünscht, kürzer ausgedrückt: Schulze sinnt Meyer Schulzes Besuch zu.

Wollen wir sagen, daß nicht nur Schulze diese *Zusinnung* hege, sondern daß jeder vernünftige Mensch unter den obwaltenden Umständen dies täte, so sagen wir: Meyer ist Schulzes Besuch *zusinnbar*. Was also ein bestimmtes Verhalten bedeutet, ist *zusinnbar*.

Was *zusinnbar* ist, ist immer nach den Umständen zu beurteilen, die zur Zeit der Fragestellung vorliegen. Weiß Schulze noch nicht, daß Meyer bereits ein Absagetelegramm abgesendet hat, so muß er Meyer noch immer den Besuch *zusinnen*. Hat Meyer seine Absicht geändert, ohne daß dies bekannt geworden wäre, so ist ihm Schulzes Besuch dennoch *zusinnbar*. Ist aber die Absage bereits bekannt, so hört die betreffende *Zusinnbarkeit* auf, das Gegenteil wird *zusinnbar*. Denn daß Meyer den Besuch Schulzes gleichzeitig wünschte und nicht wünschte, ist unmöglich. Einander widersprechende psychische Phänomene können nicht gleichzeitig gegeben sein. Da nun jedes spätere psychische Phänomen das frühere verdrängt, und die Absage ja bedeutet, daß der Besuch nicht mehr *zusinnbar* sei, so gilt nur das letzte Verhalten: Gesetz der maßgebenden Bedeutung des späteren Verhaltens, von dem — wie hier in Paranthese bemerkt sein möge — der Satz von der *lex posterior* nur ein besonderer Fall ist. Erst dieses Gesetz läßt die Bedeutung eines Widerrufs begreifen.

Ist damit der Begriff des *Zusinnbaren* klargestellt, so gilt es noch den des *Souveräns* zu umschreiben.

Wenn A sich so verhält, wie es B *zusinnbar* ist, so nenne ich das *Bestimmung*. (Wolff, S. 35.) Auch dann, wenn kein Einfluß des B auf A festzustellen ist. Aus welchem Beweggrund A sich so verhält, ist dabei gleichgültig: Furcht und Liebe, Einsicht in das bessere Fachwissen des anderen und Absicht, einen Dritten zu kränken, Autoritätsglaube und Gewohnheit, alle erdenkbaren Motive können hier in Betracht kommen: Für den Begriff der *Bestimmung* sind sie unwesentlich. *Bestimmung* liegt also vor, wenn das Kind der Mutter, der Untergebene dem Vorgesetzten gehorcht, aber auch wenn ich einer Einladung Folge leiste, wenn die Dame der Aufforderung des Herrn zum Tanz nachkommt und wenn ich auf den Rat eines Bekannten hin ein Theater besuche.

Verhält sich nun A regelmäßig so wie es B zusinnbar ist, so ist Leitung gegeben. A ist der Geleitete, B der Leiter. So wird der Schüler vom Lehrer, das Kind von den Eltern geleitet. Ja, es kommt kaum vor, daß zwei Menschen in nähere Beziehung treten, ohne daß einer der Leiter, der andere der Geleitete wäre, mag es sich um ein Ehepaar, zwei Freunde oder zwei Berufskollegen handeln, wie das treffend O. Spann (in seiner Gesellschaftslehre, S. 88ff.) ausgeführt hat. Dabei ist aber nicht etwa daran zu denken, daß die Leitung stets in allen Belangen erfolgt. Der Hauslehrer leitet den Schüler nur in allem, was zum Unterricht gehört, während das Spiel des Kindes z. B. die Erzieherin beaufsichtigt. Von zwei Freunden ist der eine ein sehr guter Tennisspieler, der andere der bessere Tourist. Am Tennisplatz wird der erstere, in den Bergen der letztere die Leitung haben.

Auch hier ist das Motiv gleichgültig. Ebenso gleichgültig, ob der Leiter oder der Geleitete oder beide um die Leitung wissen. „Oft ist es sogar gerade ein Zeichen sehr intensiver Leitung, wenn der Geleitete keine Ahnung davon hat, daß er sich fast ausschließlich so verhält, wie es dem Leiter zusinnbar ist. Wie manche Frau führt ihren Gatten, wie mancher Untergebene seinen Amtsvorstand ganz unmerklich „am Gängelband“. Es braucht also gar keine Motivierung stattzufinden, wie ja eine solche auch z. B. im Verhältnis zwischen Hypnotiseur und Hypnotisiertem vollständig fehlt. Daß andererseits der Leiter sich seiner Rolle gar nicht bewußt sein muß, beweist schon der Hinweis auf den in der Wiege liegenden Säugling, der das ganze Haus tyrannisiert.“ (Wolff, S. 37.)

Regelmäßigkeit des Verhaltens genügt aber, Ausnahmslosigkeit ist nicht erforderlich. Auch das Kind folgt öfters nicht, in einzelnen Fällen entzieht sich der Freund dem Einflusse des Freundes. Solange aber Regelmäßigkeit der Bestimmung gegeben ist — wann das ist, ist natürlich Tatfrage —, liegt Leitung vor.

Leiter und Geleitete können auch zeitweilig ihre Rollen tauschen: „eine Sachlage, die ebenso das Merkmal wahrer Freundschaft (Spann, S. 125) wie einer echten und wahren und darum glücklichen Ehe ist.“ (Wolff, S. 38f.)

Dem Begriff der Leitung ist nicht wesentlich, daß der Leiter den Geleiteten zur Gefolgschaft zwingen kann. Hört der Geleitete auf, sich regelmäßig so zu verhalten, wie es dem Leiter zusinnbar ist, so hat damit die Leitung ihr Ende gefunden. Es gibt aber auch Fälle, in denen sich der Geleitete gegen den

Willen — besser: die Zusinnbarkeit — des Leiters der Leitung nicht entziehen kann. Dann ist die Leitung Herrschaft. Sie muß nicht „einen gewissen Umfang von Lebensverhältnissen“ umfassen, wie Wenzel (a. a. O. S. 218ff.) meint. „Der Fahrgast im einsamen Bahnabteil, der vom einzigen Fahrtgenossen mit vorgehaltener Pistole stundenlang am Aussteigen verhindert wird, steht unter der Herrschaft des Verbrechers.“ (Wolff, S. 38.) Die Herrschaft kann also begrifflich nicht durch den oder die Beherrschten gegen die Zusinnbarkeit des Herrschers beendet werden. Dagegen liegt es nicht in ihrem Begriff, daß sie nicht etwa durch von außen kommende Mächte beschränkt oder beseitigt werden könnte. Ein Häuptling mag noch so unumschränkt über seinen Stamm herrschen: er kann vielleicht durch einen übermächtigen anderen Häuptling mit seinem Stamm unterworfen werden. Ist aber die Herrschaft nicht nur nach innen, sondern auch nach außen gefestigt, d. h. kann der Herrscher auch durch keine äußere Macht seiner Herrschaft entkleidet werden — auch das ist Tatfrage —, so ist er Souverän. Souverän ist also ein Leiter, dessen Leitung nur durch ihn selbst beschränkt oder beseitigt werden kann. Auch hier genügt aber regelmäßige Durchsetzung.

Wer in einem konkreten Fall souverän ist, das kann nicht mit den Hilfsmitteln der Jurisprudenz oder Rechtsphilosophie festgestellt werden. So wie der Mathematiker sich begnügt, darzulegen, wann ein bestimmter Körper — eine Kugel, eine Pyramide — gegeben ist, die Frage aber, was für ein Gebilde in einem konkreten Fall vorliegt, nicht mehr in sein Bereich gehört, so ist es auch nur unsere Sache, die Merkmale der Souveränität anzugeben: den tatsächlichen Souverän zu finden, ist Aufgabe des Soziologen, allenfalls, für die Vergangenheit, des Historikers.

Der Souverän muß nicht absolut unabhängig sein. Souveränität und Unabhängigkeit sind also nicht identische Begriffe. Der Souverän kann fremder Leitung unterliegen: ein souveräner König kann dem Rat seiner Gemahlin oder seiner Minister auch regelmäßig folgen: nur fremde Herrschaft, und zwar gerade in den Belangen seiner eigenen Leitung, würde die Souveränität beseitigen. Nicht aber fremde Herrschaft schlechthin. Wird er auf anderem Gebiete als auf dem seiner eigenen Herrschaft beherrscht, so ist das gleichgültig. „Denken wir uns einen freien Nomadenstamm in der Wüste mit einem Scheik, dem alle Stammesmitglieder bedingungslos gehorchen und der diesen Gehorsam auch regelmäßig erzwingen kann.“ Er „kann Mitglied

einer mächtigen Glaubensgemeinschaft sein, die, ohne durch irgend wen oder irgend was beeinträchtigt werden zu können, seine Gefolgschaft in dem, was sie fordert, regelmäßig erzwingen kann, die aber nicht imstande wäre, irgendwie in die Herrschaft des Scheiks über seinen Stamm einzugreifen“. (Wolff, S. 81.)

An der Souveränität des Scheiks wird dadurch nichts geändert.

Dieselben Menschen können auch gleichzeitig von mehreren Souveränen beherrscht werden. So bei sachlicher Teilung der Herrschaftsbereiche. Denken wir uns einen weltlichen und einen geistlichen Souverän auf demselben Gebiet, beide voneinander tatsächlich unabhängig. Hier liegt Teilsouveränität vor.

Aber auch Gesamtsouveränität mehrerer ist möglich: „Wenn ein Nomadenstamm zwei Brüdern regelmäßig derart gehorcht, daß immer das geschieht, was zuletzt — sei es von dem einen, sei es von dem anderen — angeordnet wurde, so sind zwar beide Brüder zusammen, nicht aber einer allein souverän, da ja jeder durch den anderen in seiner Leitung beeinträchtigt wird.“ (Wolff, S. 82.) Jeder ist aber Herrscher. Stets sei dabei vorausgesetzt, daß keiner die Herrschaft des anderen gegen dessen Zusinnbarkeit beseitigen kann, denn sonst wäre nur der erstere Souverän.

Hier könnte allerdings eingewendet werden, daß, wenn der Erste einen Befehl gegeben hat und nun der Zweite den entgegengesetzten Befehl gibt, der befolgt wird, dem Ersten etwas anderes zusinnbar ist, als geschieht, daß also nicht geschieht, was ihm zusinnbar ist. Allein abgesehen davon, daß ausnahmslose Befolgung nicht Voraussetzung der Leitung oder der Souveränität ist: es ist auch zu bedenken, daß, wenn der Erste gegen den Befehl des Zweiten nichts unternimmt — auch nur, weil er es nicht kann —, er stillschweigend zustimmt.

Hier muß nämlich über den wahren Sinn des Zusinnbaren noch etwas aufklärend bemerkt werden:

Wer erklärt, daß er sich in einer bestimmten Weise verhalten werde, gibt eine Vorhabenserklärung ab. (Wolff, S. 45). „Erwartet der Erklärende, daß sein Verhalten beim Anerklären ein Interessephänomen — Lust oder Unlust — bewirken werde, so spricht man von Inaussichtstellen.“ Und wenn der Erklärende sagt, daß er das in Aussicht Gestellte nicht nur verwirklichen könne, sondern auch werde, so macht er ein Versprechen. „Das Versprechen, sich in bestimmter Weise zu verhalten, wenn dieses Verhalten dem Anerklären zusinnbar sei“, ist Anbot. (Wolff, S. 71.) Im Anbot liegt zugleich

die Frage an den Anerkärten, ob ihm das betreffende Verhalten des Versprechenden zusinnbar sei. Die Bejahung der Frage ist die *Annahme*. Anbot und Annahme zusammen bilden bekanntlich den Vertrag. Das Anbot kann auch an mehrere gerichtet sein und in zeitlichen Abständen angenommen werden: Sukzessivannahme.

Es kann nun auch vorkommen, daß einer der Anerkärten zuerst ablehnt, dann aber nachträglich doch annimmt, weil er sieht, daß andere annehmen. Hat der Anbietende sein Versprechen nicht von der Bedingung abhängig gemacht, daß es ohne vorherige Ablehnung angenommen werde, so hindert dieses Vorgehen das Zustandekommen des Vertrages nicht. „Der Ablehnende kann sogar von vornherein bedingt ablehnen, d. h. erklären, sein Verhalten solle nur unter einer bestimmten Bedingung als Ablehnung gedeutet werden . . . Insbesondere kann Bedingung sein, daß nicht einmal ein bestimmter Bruchteil der Anerkärten oder wenigstens der auf das Anbot Antwortenden (Quorum!) annehme. Ein solches bedingtes Ablehnen liegt stets vor, wenn jemand sich auf eine *Abstimmung* . . . einläßt, bei der nicht Einstimmigkeit erforderlich ist.“ (Wolff, S. 73f.) Denn hier erklärt er sich bereit, sich überstimmen zu lassen, d. h. er gibt in der Ablehnung doch bedingt — durch Majorisierung — seine Zustimmung. Eine solche Majorisierung ist aber, wie aus dem Gesagten hervorgeht, nur mit vorheriger Zustimmung des Überstimmten möglich, die eben in der Teilnahme an der Abstimmung im Zweifel gelegen ist. Aber auch sonst kann ein Dagegenstimmender nachträglich zu erkennen geben, daß er sich bei dem Beschluß beruhige.

Wenn also im erwähnten Fall der erste der herrschenden Brüder gegen die Durchführung des Befehls des zweiten nichts unternimmt, so ist sie ihm nachträglich doch noch zusinnbar geworden, wobei er vielleicht nur der Not gehorcht, aber auf das Motiv kommt es ja nicht an.

Diese Betrachtung ist äußerst wichtig. Insbesondere muß ich auch, was mir zusinnbar ist, nicht in allen Einzelheiten kennen. Es genügt z. B., wenn ich von vornherein mich mit allem für einverstanden erkläre, was ein bestimmter Anderer anordnen wird. Dem Abgeordneten, der einem Beschluß zustimmt, den er nicht versteht, ist der Inhalt ebenso zusinnbar wie dem, der sich der Abstimmung entzogen oder dagegen gestimmt hat, ohne nachträglich dagegen etwas zu unternehmen. Das haben die Ausführungen über den Sinn der Abstimmung ergeben. Damit ist einer der Haupteinwände gegen die bisher herrschenden

Theorien des Rechts als eines Willens — im psychologischen Sinn — für die hier ausgeführte Theorie, die ja auch statt von „Wille“ richtigerweise von Zusinnbarkeit spricht, beseitigt. Abgesehen davon, daß ja tatsächlicher Souverän — und nur darauf kommt es an — nicht der einzelne Abgeordnete, ja auch nicht alle zusammen sind, sondern gewisse tatsächlich herrschende Kräfte im Staate, die zu erforschen, wie gesagt, nicht unsere Aufgabe ist.

Daß der hier erörterte Souveränitätsbegriff, der Rechtsgrundbegriff der Souveränität, ein anderer ist, als der so genannte Rechtsinhaltsbegriff, daß also tatsächlicher Souverän und in der Verfassung genannter Souverän nicht identisch sein müssen, ja es meistens nicht sind, ist damit festgestellt. Ich stehe z. B. nicht an, als den tatsächlichen Souverän Italiens Mussolini zu bezeichnen, während der Verfassung nach der König der Souverän ist. Und ob tatsächlicher Souverän, wie da, ein Einzelner oder eine Mehrheit ist, ist nicht von Belang.

Recht ist also das dem Souverän im Rahmen seiner Souveränität erklärt Zusinnbare. „Im Rahmen seiner Souveränität“ ist eingefügt, weil nicht alles, was dem Souverän zusinnbar ist, Recht ist. Wenn der absolute und souverän herrschende Monarch es gerne sieht, daß man sich nach der von ihm geschaffenen Westenmode kleidet, so ist ihm dies zwar zusinnbar, allein es handelt sich nicht um Recht, denn hier tritt der Souverän nicht als solcher auf. Es ist ihm nicht *z u s i n n b a r*, die Gefolgschaft mit den sonst üblichen Mitteln — Souveränitätsmitteln — zu erzwingen. Das ist kein Widerspruch mit der Behauptung, daß Erzwingbarkeit der einzelnen Forderung für das Recht nicht wesentlich sei. Gefordert ist ja nur, daß die Erzwingung dem Souverän zusinnbar sei. Sonst muß ja nicht die einzelne Forderung erzwingbar sein: das Machtmoment, das — wie die herrschende Lehre betont — dem Recht immanent ist, ist nicht so zu verstehen, daß jede einzelne Forderung in jedem Fall erzwingbar sein müßte, sondern es ist ausreichend, allerdings auch erforderlich, damit von einem Souverän gesprochen werden könne, daß seine Forderungen *r e g e l m ä ß i g* befolgt werden, und diese Regelmäßigkeit ohne seine Zusinnbarkeit nicht aufhören kann. Ob die Macht die der Kanonen ist, wie Lassalle meint, oder die der Gemüter, auf die v. Wieser verweist, ist dafür gleichgültig.

Wir erkennen nun auch den wahren Kern der *A n e r k e n n u n g s t h e o r i e*. Nicht darauf kommt es an, daß die einzelne Rechtsvorschrift anerkannt wird, sondern — und das hat schon

Somlò (a. a. O. S. 138 ff.) richtig ausgeführt — nur darauf, daß die Forderungen des Souveräns regelmäßig befolgt = anerkannt werden. Anerkennung liegt in der Befolgung; ein subjektiver Tatbestand im Sinne der Billigung ist nicht erforderlich. Ob es dann freilich noch angebracht erscheint, die Bezeichnung „Anerkennung“ zu gebrauchen, möge dahingestellt bleiben.

Keine Rechtsforderung, weil nicht im Rahmen der Souveränität, ist eine Forderung, die an jemand gerichtet ist, der vom Fordernden nicht souverän beherrscht wird. Pflichten von Ausländern im Ausland, die der Gesetzgeber aufstellt, sind als solche keine Rechtspflichten. Hier muß Umdeutung erfolgen. Wenn z. B. von Ausländern im Auslande begangene Verbrechen mit Strafe bedroht sind, so kann die Strafe — besondere staatsrechtliche Verhältnisse ausgenommen, die hier füglich übergegangen werden — nur vollzogen werden, wenn der Verbrecher das Inland betreten hat. Rechtspflicht ist nur die durch das begangene Verbrechen, das Betreten des Inlandes so wie den etwaigen Verfahrensvollzug bedingte Pflicht, die Strafe zu erleiden.

Ist aber eine Forderung vom Souverän im Rahmen seiner Souveränität erklärt, so ist sie Rechtsforderung, mag sie noch so unvernünftig, unsittlich oder unzweckmäßig sein. „Wenn es dem Souverän einfällt zu dekretieren, daß Frauen, die mit Zwillingen niederkommen, zu töten sind“, so ist das positives Recht. (Wolff, S. 166.)

Recht ist Zusinnbares. Wenn A ein Verhalten des B zusinnbar ist, so „soll“ B relativ zu A dieses Verhalten. Zusinnbares fremdes Verhalten ist also relativ gesolltes Verhalten. Was dagegen die Moral fordert, ist absolutes Sollen. Diesbezüglich muß ich hier auf meine Ausführungen in der Grundlehre des Sollens verweisen. Es sei nur gesagt, daß das sittliche Sollen ohne Bezug auf einen bestimmten Menschen besteht, also eben nicht in diesem Sinne relativ ist.

Dem Souverän kann aber auch eigenes Verhalten zusinnbar sein, und er kann das z. B. im Gesetz erklären. Hier liegt ein Versprechen des Souveräns vor, das aber laut gegebener Definition auch Recht ist. Wir sehen daher: Recht ist nicht nur Sollen, sondern auch Versprechen. Insoweit es Sollen ist, ist es aber relatives, weil von der Zusinnbarkeit zum Souverän abhängiges Sollen, und unterscheidet sich dadurch vom sittlichen Sollen. Eine scharfe Grenzziehung ist damit gegeben. Sie gilt ebenso gegenüber anderen verwandten Gebieten eben durch die Beziehung zur Zusinnbarkeit zu einem Souverän. Diese fehlt bei

allen anderen Problemkreisen, von denen die herrschenden Lehren vergeblich eine Abgrenzung gesucht haben.

Daß der hier entwickelte Souveränitätsbegriff Voraussetzung, logisches Prius für den Rechtsbegriff ist und der Welt des Tatsächlichen angehört, bedarf nach dem Ausgeführten keiner weiteren Begründung.

„Der hier verwendete Begriff der Souveränität zeigt auch die Unvollständigkeit der Alternative Kelsens (Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 88), wonach Souveränität entweder auf dem „Seinsgebiet“ „ein wirksames Motiv, das selbst keine Ursachen hat“, also etwas Unmögliches, oder einfach wirksame Macht, den „Pleonasmus eines motivierenden Motivs“ bedeute oder auf dem „Sollgebiet“ „die Geltung einer höchsten, das heißt von keiner höheren Norm ableitbaren Zwangsordnung“. . . . Daß es hier noch eine Möglichkeit gibt und daß diese Möglichkeit gerade die richtige ist, ist dabei unbemerkt geblieben.“ (Wolff, S. 174.)

Ein inniger Zusammenhang besteht nun, wie allgemein anerkannt ist, zwischen Recht und Staat. Jellinek (Allgemeine Staatslehre S. 136ff.) hat einen soziologischen und einen juristischen Staatsbegriff unterschieden. „Der letztere soll die „rechtliche Seite“ des Staates sein. Das ist natürlich nur ein Bild. Daß aber hinter diesem Bilde ein brauchbarer Begriff stecke, ist zu leugnen. Es ist kein Zufall, wenn Kelsen (a. a. O. S. 87, 248 u. passim) erkennen mußte, daß der juristische Staatsbegriff nichts vom Rechtsbegriff Verschiedenes sei.“ (Wolff, S. 171.) Bleibt also nur noch der „soziologische“ Staatsbegriff. Und der kann, soll er überhaupt einen Sinn haben, nichts anderes bezeichnen als Souverän und souverän Beherrschte zusammengenommen. Er bildet also eine Vielheit von Menschen. Er setzt gleichfalls den Begriff des Souveräns voraus, wird aber aus diesem und nicht aus dem Rechtsbegriff abgeleitet, wie auch umgekehrt dieser nicht aus ihm. Als Vielheit von Menschen ist der Staat, er existiert, er ist kein bloßer Zurechnungsendpunkt, dessen es als Fiktion nicht bedarf, wo Reales gegeben ist. Das Staatsgebiet ist für den Staat nicht wesentlich, soweit der Jurist den Staatsbegriff braucht. Man kann natürlich auch nur den Gebietsstaat als Staat bezeichnen: wissenschaftlich brauchbar ist diese Bezeichnungsweise nicht.

Ist der Staat aber Souverän und souverän Beherrschte zusammen, so ist damit auch gesagt, daß es keinen Staat ohne Recht, kein Recht ohne Staat gibt. Denn wo souveräne Herrschaft, dort auch dem Souverän im Rahmen seiner Souveränität

Zusinnbares, also Recht; wo Recht, dort auch souveräne Herrschaft, also Souverän und Beherrschte, also Staat. Staat und Recht sind somit bezügliche Begriffe.

Recht ist nicht Wille des Staates, sondern nur Wille — im Sinne von Zusinnbarem — des Souveräns, im Rahmen der Souveränität erklärt.

Erfolgreiche Revolution hat den Wechsel des tatsächlichen Souveräns zur Folge; ein neuer Souverän ist erstanden, und das ihm Zusinnbare ist nun Recht.

Und auch das Völkerrecht ist Recht. Nur müssen wir zwei Begriffe unterscheiden, die mit dem Namen Völkerrecht belegt werden können. Der Souverän kann eigenes Verhalten oder solches gewisser Beherrschter, insbesondere seiner Organe, in einer Verabredung mit anderen Souveränen als ihm zusinnbar erklären. Natürlich kann das allseits durch Vertreter geschehen. Dann fällt das Erklärte, wie wir sehen, einfach unter die gegebene Rechtsdefinition.

Wenn andererseits mehrere Souveräne zusammen einen Verband bilden, der die Souveräne souverän beherrscht, so wird, wie bereits ausgeführt, an der Souveränität nichts geändert, wenn nur die Herrschaft des Verbandes in die Herrschaft der einzelnen Souveräne über ihre Beherrschten nicht eingreifen kann, also andere Gebiete betrifft. Da aber der Verband — d. h. seine Vertreter — souverän herrscht, so ist das der jeweiligen Mehrheit Zusinnbare und im Rahmen der Souveränität Erklärte Recht. Es gibt also auch rechtliche Verbände von Souveränen. Ist aber der Verband so stark, daß er auch die Herrschaft der einzelnen Souveräne beeinflußt, so ist damit die Einzelsouveränität erloschen: die *civitas maxima* ist ihr Grab.

Bei der hier ausgeführten Rechtstheorie forscht man vergeblich nach einer „Ursprungsnorm“. Allein eine solche ist auch tatsächlich nicht feststellbar und andererseits zur einheitlichen Erfassung alles Rechts nicht nötig. Die Definition des Rechtsbegriffs, die hier gegeben wird, ist ein analytisches Urteil, das ihn in seine Merkmale zerlegt, und dieses Urteil ist die Basis für die einheitliche Rechtsbetrachtung. Einer anderen bedarf es nicht.

Somit ist klargelegt, daß der hier gestaltete Rechtsbegriff allen Anforderungen entspricht, die an einen solchen Begriff gestellt werden können. Er bildet den sicheren Grundstein, auf dem sich der stolze Bau einer neuen Rechtswissenschaft erheben kann.

Römischrechtliche Einflüsse auf die Rechtsentwicklung im britischen Weltreiche*).

Von

Staatsanwalt Dr. rer. pol. Dr. iur. **Gustav Wilke**, Leipzig,
zur Zeit Deutscher Staatsvertreter
beim deutsch-englischen Schiedsgericht in London.

In dem engen Rahmen einer Stunde über ein so vielgestaltiges und in mancher Hinsicht auch heute noch umstrittenes Problem zu sprechen, wie es die Frage des Einflusses des römischen Rechtes auf die Entwicklung des Privatrechtes in England selbst wie in dem weiten, den Erdball umspannenden britischen Weltreiche ist, bedingt naturgemäß eine Beschränkung auf wenige große Linien des historischen Werdeganges. Diese Linien aufzuzeigen und damit zugleich, wenn auch unter römischem Gesichtswinkel, einen kleinen Überblick über die Rechtsentwicklung im englischen Imperium zu geben, soll das Bemühen dieser Stunde sein.

Eine solche Betrachtung muß selbstverständlich von der Entwicklung im englischen Mutterlande als der Keimzelle des gegenwärtigen gewaltigen Reiches ausgehen, und die Frage, ob und welche Einflüsse römisches Rechtsdenken auf die Ausgestaltung des Rechtes in England selbst ausgeübt hat, soll den Gegenstand des ersten Teiles dieser Ausführungen bilden, deren zweiter dann der Rechtsentwicklung in Übersee gewidmet werden soll. —

Die Frage der Einflußnahme und Einflußsphäre des römischen Rechtes läßt sich für England nicht in der gleichen verhältnismäßig einfachen Weise beantworten wie für eine Reihe von Ländern des europäischen Kontinentes; denn England hat das römische Recht niemals in seiner Gesamtheit rezipiert. Das Problem ist deshalb in England etwas schwieriger, und wir werden die verschiedenen Phasen der englischen Rechtsgeschichte daraufhin zu prüfen haben, ob und in welchem Umfange römische Rechtsgedanken in das sich langsam gestaltende englische Rechtssystem übernommen wurden.

Die frühesten Anfänge der Geschichte des englischen Rechtes reichen nun keineswegs, wie man zunächst anzunehmen versucht sein könnte, bis in die römische Zeit des Landes zurück. Bekanntlich ist England etwa vier Jahrhunderte lang — von Kaiser Claudius bis Kaiser Honorius — ein Provinzialgebiet des römi-

*) Vortrag, gehalten am 27. Oktober 1926 auf dem IV. Internationalen Kongreß für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie in Berlin.

schen Weltreiches gewesen, nachdem ungefähr hundert Jahre nach der ersten Landung Julius Cäsars an der britischen Küste römische Feldherren, unter ihnen vor allem Julius Agricola, der Schwiegervater des Tacitus, in langen blutigen Kämpfen die erzeiche Insel bis hinauf zu dem kaledonischen Grenzlande der römischen Herrschaft unterworfen hatten. Sie war gerade wegen ihres Metallreichtums ein wichtiges Glied in der römischen Reichsorganisation, und römische Kultur, römische Verwaltungskunst und römisches Recht verbanden auch diese ferne Provinz mit dem Herzen des Reiches. Hervorragende Männer Roms haben ihre Arbeit gerade diesem Lande gewidmet, unter ihnen ein Papinian, der unter Septimius Severus in der militärischen Hauptstadt Britanniens, Eboracum, dem heutigen York, mehrere Jahre Recht gesprochen hat. Immerhin scheint der Einfluß römischer Kultur auf das Inselland nicht allzu tief gewesen zu sein und vor allem nicht die große Masse der einheimischen Bevölkerung außerhalb der Römerstädte und Römerlager ergriffen zu haben. Die Römer blieben offenbar in diesem Lande ohne allzu enge Vermischung mit dem unterjochten Volke auf eine zahlenmäßig geringe Oberschicht beschränkt, so wie sie heute etwa die englische Herrenschaft in Indien bildet. Und darum mußte, als angesichts der Italien unmittelbar bedrohenden germanischen Gefahr im Jahre 410 die letzten Legionen aus Britannien zurückgerufen wurden, um das bedrängte Stammland zu schützen, mit den sehr bald in den Stürmen der folgenden Zeit untergehenden Resten römischer Kultur auch das Recht der vertriebenen Eroberer verschwinden, um dem Rechte der neuen Herren des Landes, um germanischem Denken Raum zu geben, mußte es um so mehr, als in Britannien, der zuletzt eroberten und zuerst aufgegebenen Reichsprovinz, die persönlichen Träger römischer Rechtsüberlieferungen in anderen dem römischen Schwerte unterworfen gewesenen Gebieten, die Romani, fehlten. So versank, was an römischen Rechtsgedanken, was an römischer Rechtskunst in der Blütezeit der vorjustinianischen lateinischen Rechtswissenschaft nach England getragen worden war, und erst die heraufziehende angelsächsische Zeit legte die ersten Grundlagen der künftigen englischen Rechtsentwicklung; erst in dieser Periode der englischen Geschichte liegen die Anfänge der Rechtsgeschichte des Landes.

Allerdings hat es nicht an gelegentlichen Versuchen gefehlt, einzelne Gestaltungen des englischen Rechtes unmittelbar von römischnrechtlichen Institutionen der Provinzialzeit abzuleiten, wie beispielsweise die Seebohmsche Zurückführung des englischen

manor auf die Zeit der römischen Besetzung¹⁾ ²⁾); doch ist ein überzeugender Nachweis für solche Zusammenhänge bisher nicht erbracht worden, und die herrschende englische Rechtslehre lehnt diese Theorien ab³⁾. Tatsächlich lassen sich in der angelsächsischen Zeit keinerlei Spuren römischen Rechtes mehr authentisch feststellen. Weder die nach Bedas Zeugnis iuxta exempla Romanorum⁴⁾ aufgezeichneten Gesetze des Königs Ethelbert von Kent, die ersten in germanischer Zunge, noch diejenigen König Ines von Wessex, weder die des großen Sachsenherrschers Alfred noch die des Dänenkönigs Knut zeigen irgendwelche tiefere Spuren römischer Rechts- und Gesetztechnik; sie sind nach Form und Inhalt Ausdruck germanischen Rechtsempfindens⁵⁾. Die beiden von Savigny zum römischen Rechte in Parallele gesetzten erbrechtlichen Bestimmungen in den zuletzt genannten Gesetzen lassen sich nicht unmittelbar in die römische Zeit zurückverfolgen; sie verdanken wohl klerikalem Einflusse ihrer Zeit ihre Entstehung⁶⁾.

Der Ablauf dieser angelsächsischen Rechtsentwicklung wurde aber im 11. Jahrhundert abgebogen, als die Normannen nach der siegreichen Schlacht bei Hastings 1066 die Herren des Landes wurden. Nicht, daß sie nun dem unterworfenen Gebiete

¹⁾ In den folgenden Verweisungen werden die allgemeinen Werke über die Geschichte Englands und des britischen Weltreiches sowie die Werke über Geschichte und System des römischen, kanonischen, englischen, schottischen, französischen und holländisch-römischen Rechtes als bekannt vorausgesetzt. Die Anmerkungen beschränken sich darum auf die sich speziell mit den hier behandelten Fragen beschäftigende Literatur, die ihrerseits wieder in der Regel ausführlichere Hinweise auf die allgemeineren Werke enthält.

²⁾ Vgl. F. Seebohm, *The English Village Community* (London 1883), insbesondere S. 252 fg., 412 fg.; hierzu Th. E. Scrutton, *The Influence of the Roman Law on the Law of England* (Cambridge 1885), S. 11 fg., 19 fg.

³⁾ Vgl. hierzu W. S. Holdsworth, *A History of the English Law* (London 1922/24, 3. Auflage), Bd. II, S. 12 fg.

⁴⁾ Beda, *Historia Ecclesiastica*, Lib. II, c. V.

⁵⁾ Vgl. F. Liebermann, *Die Gesetze der Angelsachsen* (Halle 1898-1916); F. L. Attenborough, *The Laws of the Earliest English Kings* (Cambridge 1922); auch H. Brunner, *Geschichte der englischen Rechtsquellen im Grundriß* (Leipzig 1909).

⁶⁾ F. C. v. Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. (Heidelberg 1834/1851, 2. Auflage), Bd. II, S. 168; vgl. hierzu u. a. E. Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre* (Paris 1882/3), Bd. II, S. 39; M. Conrat, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter* (Leipzig 1889/91), Bd. I, S. 60 fg.; E. Nys, *Pages de l'histoire du droit en Angleterre. Le droit romain, le droit des gens et le Collège des Docteurs en Droit civil*. (Bruxelles 1910), S. 32 fg.

ihr selbst übrigens wesentlich germanisches normannisch-fränkisches Recht aufgezwungen hätten. Im Gegenteil, die Normannenkönige legten gerade im Interesse der Befriedung des Landes ausdrücklich Wert darauf, der einheimischen Bevölkerung ihre Rechte und Gewohnheiten zu lassen. Nur in der Lebensfrage des mittelalterlichen Staates, dem Rechte des die Herrschaft sichernden Grundbesitzes, mußten sie notwendig von diesem Wege abweichen, indem sie das Lehnrecht ihrer normannischen Heimat auf die eroberte Insel übertrugen, um eine starke zentrale Gewalt in der Hand des Königs zu sichern und auf diese Weise langsam einen nationalen Einheitsstaat zu schaffen. Und in der Richtung dieser von den Normannenkönigen wie von den älteren Plantagenets mit zähem Eifer verfolgten Politik mußte natürlich auch die Schaffung einer zentralen richterlichen Gewalt und eines einheitlichen Rechtes liegen, das die verschiedenen aus sächsisch-dänischer Zeit übernommenen einheimischen Rechte mit dem normannisch-fränkischen Rechte zu verschmelzen berufen war. Werkzeug dieser Rechtspolitik wurde als der sichtbare Ausdruck der höchsten richterlichen Gewalt des Königs das Königsgericht als oberste gerichtliche Instanz des Landes, dessen Wirkungskreis rasch wuchs und das sich schon unter den älteren Plantagenets zu allgemeiner Anerkennung durchgesetzt hat, damit zugleich die Erreichung des erstrebten Zieles, die Schaffung der englischen Rechtseinheit, gewährleistet. Als abgeschlossen kann diese Entwicklung unter dem großen englischen Gesetzgeber Eduard I. (1272—1307), dem englischen Justinian, angesehen werden; von dieser Zeit an ist das in der Rechtsprechung des Königsgerichts niedergelegte Recht anerkanntermaßen das allgemein gültige Common Law, das englische Recht.

Möglich wurde aber der Erfolg dieser auf die Vereinheitlichung des Rechtes gerichteten Politik nur dadurch, daß das mit dieser Aufgabe betraute königliche Gericht aus der Vielheit der ihm unterbreiteten Rechte und Gewohnheiten allmählich die Grundgedanken und die gemeinsamen großen Linien herausarbeitete und, auf den Ergebnissen dieser systematisierenden Arbeit aufbauend, das Recht auch den neuen Bedürfnissen der fortschreitenden wirtschaftlichen Entwicklung anzupassen suchte. Diese Aufgabe konnte nun aber mit den noch keineswegs ausreichend systematisch gestalteten germanischen Rechten allein nicht gelöst werden, und die Richter des königlichen Gerichts waren deshalb häufig darauf angewiesen, bei dem systematischen Aufbau des neuen einheitlichen Rechtes auf allgemeine Rechts-

grundsätze zurückzugreifen, wie sie das römische und im Anschluß daran das kanonische Recht bereits in jahrhundertlangem Werden ausgebildet hatten — Rechtssysteme, deren Grundgedanken naturgemäß gerade den Klerikern vertraut waren, die in den ersten Zeiten nach der normannischen Eroberung als die einzigen gelehrten Richter ihrer Zeit neben weltlichen Herren im Königsgerichte saßen. Auf diese Weise wurde als eine unmittelbare Folgewirkung der normannischen Eroberung die Entwicklung des englischen Rechtes wieder in nähere persönliche und sachliche Verbindung mit den Strömungen im Rechtsleben des europäischen Festlandes gebracht und so die rein insular zu werden sich anschickende angelsächsische Rechtsentwicklung zunächst wieder in etwas europäischere Bahnen gelenkt. Charakteristischer Ausdruck dieser Zusammenhänge ist im besonderen die teilweise Übernahme der lateinischen und französisch-normannischen Rechtssprache in die englische Gerichtspraxis, die die begriffliche Klärung und die straffere Systematisierung des werdenden nationalen englischen Rechtes wesentlich förderte. Bedeutend vertieft wurde diese Entwicklung im 12. Jahrhundert mit der Aufnahme des Studiums des römischen Zivilrechtes in England als das Ergebnis der sich von Bologna aus über Westeuropa verbreitenden Bewegung römischrechtlicher Renaissance, deren erster Vertreter in England der Lombarde Vacarius wurde, der hier das römische Recht in der ihm durch die italienische Glossatorenschule gegebenen Gestalt lehrte⁷⁾. Den Niederschlag dieser Entwicklung, deren Auswirkungen sich in den vielfach den Stempel römischrechtlicher Denkungsart tragenden Urteilen des Königsgerichtes abzeichnen, finden wir in den beiden großen systematischen Werken der mittelalterlichen englischen Jurisprudenz, in Ranulf Granvills *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae* sowohl wie vor allem in ausgesprochenster Weise in dem um die Mitte des 13. Jahrhunderts entstandenen *Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae* Henry de Bractons, der, wie Carl Güterbock nachgewiesen hat, zum großen Teile auf den Institutionen Justinians und der *Summa* des Bologneser Glossatoren Azo aufgebaut ist⁸⁾.

⁷⁾ Über Vacarius zusammenfassend F. Liebermann, *Magister Vacarius*, *English Historical Review* Bd. XI, S. 305 fg. (vgl. auch Bd. XIII, S. 297/8); über andere Vertreter der römischrechtlichen Renaissance in England vgl. E. Caillemer, *Le droit civil dans les provinces anglo-normandes au XII^e siècle* (Caen-Paris 1883).

⁸⁾ Carl Güterbock, *Henricus de Bracton und sein Verhältnis zum römischen Rechte* (Berlin 1862); vgl. hierzu F. W. Maitland, *Select*

So förderlich aber auch dieser Einfluß römischen Rechtsdenkens auf die Ausgestaltung des englischen Rechtssystems wurde, so war es doch immer nur mehr eine indirekte, mehr die Methode als die Materie formende Einwirkung. Soweit sie doch gelegentlich tiefer ging, ergriff sie wieder mehr das formelle, das sich vielfach an die Formen des römisch-kanonischen Prozesses anlehrende Prozeßrecht, als das materielle Recht. Nur auf einem Sondergebiete gewann das römische Recht in seiner kanonischen Abwandlung in jener Zeit unmittelbaren starken Einfluß, nämlich im Bereiche des Ehe- und Erbrechtes. Dieses war — mit Ausnahme der den weltlichen Gerichten vorbehaltenen Erbfolge in Grundbesitz — den von Wilhelm dem Eroberer unter Lanfrancs Einflusse eingeführten Ecclesiastical Courts, den bischöflichen Gerichten, im Laufe der ersten beiden Jahrhunderte nach der normannischen Eroberung nach und nach zu ausschließlicher Zuständigkeit überlassen worden, und die Anwendung römisch-kanonisch-rechtlicher Grundsätze auf die ihrer Entscheidung zugewiesenen Fragen war ebenso wie die Durchführung des Verfahrens in den Formen des am römischen Prozeßrechte entwickelten kanonischen Prozesses für das mit römisch-katholischen Klerikern besetzte geistliche Gericht eine anerkannte Selbstverständlichkeit. Im Zuständigkeitsbereiche dieser geistlichen Gerichte wurde also das kanonische Recht in gewissem Umfange, d. h. innerhalb der durch englisches Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht gezogenen Grenzen, tatsächlich englisches Landesrecht. Und hier in dieser besonderen Sphäre hat sich die Einwirkung des fremden Rechtes jahrhundertlang erhalten, wenn auch naturgemäß nach der Einführung der Reformation in England im 16. Jahrhundert die römisch-katholische Fortbildung des kanonischen Rechtes auf die weitere Entwicklung der Rechtsprechung der um diese Zeit säkularisierten Ecclesiastical Courts ohne Einfluß bleiben mußte.

Von diesen Sondergebieten abgesehen, schwand aber im übrigen der Einfluß des römischen Rechtes auf die allgemeine englische Rechtsentwicklung schon im 14. Jahrhundert unter Eduard II. und III. wieder. Die Ursachen hierfür lagen einmal in der stärker zunehmenden Gesetzgebung, die in größerem Maße positives Landesrecht schuf, zum andern in den um jene Zeit immer mehr wachsenden, schon etwa 100 Jahre zuvor in

Passages from the Works of Bracton and Azo (Selden Society Vol. VIII, London 1895); W. S. Holdsworth a. a. O., Bd. II, S. 267 fg.; auch F. Pollock and F. W. Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I.* (Cambridge 1898, 2. Auflage), Bd. I, S. 162 fg., 206 fg.

dem berühmten Parlament von Merton (1235—36) beredten Ausdruck findenden antiklerikalen und nationalen Strömungen, die schließlich Ende des 14. Jahrhunderts ihr wesentlichstes Ziel erreichten, die geistlichen Richter aus dem königlichen Gerichte zu verdrängen. Sie wurden ersetzt durch weltliche, das römische Recht nicht kennende und es zudem aus nationalen Erwägungen bewußt ablehnende Richter, Praktiker des englischen Rechtes, die in den seit Eduard I. allmählich zu immer größerer Bedeutung gelangenden zünftigen Rechtsschulen, den noch heute blühenden Londoner Inns of Court, im Rechte ihrer englischen Heimat sorgfältig herangebildet wurden.

Aber die geschichtlichen Wirkungsmöglichkeiten des fremden Rechtes auf englischem Boden waren damit noch nicht erschöpft. Denn parallel mit jener Verdrängung des römisch- und kanonisch-rechtlichen Einflusses aus der Entwicklung des Common Law geht ein Wachsen des Einflusses des fremden Rechtes auf die Rechtsprechung eines sich neben dem Königsgerichte um diese Zeit langsam zu gleicher Autorität durchsetzenden Gerichtshofes, des Court of Chancery des Lordkanzlers. Denn gerade um diese Zeit zeigte es sich, daß das in vielen Generationen kunstvoll ausgebaute, von den Richtern des Königsgerichtes als nationales Gut in seinem Bestande sorgfältig gehütete gemeine Recht durch sein Haften an den überlieferten Formen und durch die früh zur Übung werdende Bindung an die Vorentscheidungen dieses Gerichtes den Keim der Erstarrung in sich tragen mußte und schließlich nicht mehr den im späteren Mittelalter mit fortschreitender Differenzierung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse hervortretenden neuen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gewachsen war; seine Anwendung auf neu erstehende Lebensformen war vielfach nicht mehr möglich oder mußte gegenüber dem sich allmählich verfeinernden Rechtsempfinden zu Unbilligkeiten und Härten führen. Die notwendige Abhilfe konnte aber gegenüber den Common Law Courts, dem Königsgerichte, wieder nur vom Könige als dem Träger der höchsten richterlichen Gewalt gewährt werden, an den auf diese Weise die Rechtsstreitigkeiten unmittelbar zurückgelangten. Sie wurden von ihm seinem Kanzler zur Erledigung überwiesen. Und dieser Lord Chancellor, dessen Name sich bis heute im Titel des höchsten englischen Richters erhalten hat, übte nun seit dem 13., stärker noch seit dem 14. Jahrhundert, der Regierung Eduards III. (1327—77), in seinem Court of Chancery mit zunehmender Schärfe eine Kontrolle über die Rechtsprechung des königlichen Gerichtes unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit, der natürlichen

Gerechtigkeit aus, um die Rechtsentwicklung mit der fortschreitenden kulturellen Entwicklung in Einklang zu bringen.

Wo fanden nun die Lordkanzler gegenüber dem starr an den überkommenen Formen haftenden gemeinen Rechte des Königsgerichtes die rechtlichen Grundsätze, deren Anwendung dem Rechtsleben Englands wieder die durch die fortschreitende Zeit geforderte Anpassungsfähigkeit und Beweglichkeit geben konnte? In England selbst konnten sie nicht gesucht werden; denn das reformbedürftige Common Law war ja das englische Recht. Die Antwort auf die Frage ist leicht, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß die Lordkanzler bis zur Zeit Heinrichs VIII., also bis ins 16. Jahrhundert hinein, fast ausschließlich Kleriker waren: Auch sie mußten naturgemäß wieder wie zuvor die Kleriker des alten Königsgerichtes bewußt oder unbewußt auf die ihnen geläufigen Grundgedanken und Grundbegriffe des römischen und kanonischen Rechtes zurückgreifen, um hier das zu finden, was der Billigkeit, was der Gerechtigkeit in dem von ihnen verstandenen höheren Sinne entsprach. So dringt auf diesem Wege der Vorstellungskreis des römischen und kanonischen Rechtes erneut in die englische Rechtsentwicklung ein, zunächst keineswegs um das gemeine Recht zu beseitigen und ein anderes Recht an seine Stelle zu setzen, sondern um es zu ergänzen, es beweglicher, anpassungsfähiger, geschmeidiger zu machen; aber schließlich führt diese Entwicklung doch zu der Schaffung eines dem prätorischen *ius aequum* geschichtlich parallelen besonderen Systeme eines Billigkeitsrechtes, den Equity Rules, die nach und nach für große Rechtsgebiete, vor allem aber für die im englischen Rechte so bedeutsamen Treuhandverhältnisse, die Rechtsgrundsätze aufbauen. Im allgemeinen ist auch hier der Einfluß des römischen und kanonischen Rechtes⁹⁾ wie schon bei der Entwicklung des gemeinen Rechtes in der Rechtsprechung des Königsgerichtes ein mehr indirekter, ohne unmittelbare Übernahme rechtlicher Institutionen des fremden Rechtes. Genau die Grenzen dieses Einflusses zu ziehen, zu sagen, dies ist römisch-rechtlichen, das ist germanisch-rechtlichen Ursprungs, ist allerdings hier ebensowenig wie im Common Law möglich, und jeder Versuch einer solchen präziseren Abgrenzung muß naturgemäß bei der Unsicherheit des Terrains zu Meinungsverschiedenheiten führen. Im einzelnen darf hierzu beispielsweise auf den bekannten Streit über den römisch- oder germanisch-rechtlichen

⁹⁾ Vgl. hierzu G. Spence, *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery* (London 1846/9); Scrutton a. a. O., S. 152 fg.

Ursprung des englischen Treuhänders¹⁰⁾ verwiesen werden, ferner auf die Fragen, inwieweit römischrechtliche Einflüsse sich in der Ausgestaltung des in der Rechtsprechung des Court of Chancery entwickelten englischen Vormundschafts- und PflEGschaftsrechtes oder in der Entwicklung des englischen Gesellschaftsrechtes durchgesetzt haben. Immer wird die — noch zu schreibende — Geschichte des römischen Rechtes in England auf Vermutungen und Schätzungen angewiesen bleiben müssen, vor allem eben darum, weil eine ausdrückliche Übernahme des fremden Rechtes niemals erfolgt ist, sondern die Spruchpraxis des Court of Chancery wie früher die des alten Königsgerichtes zu dem römischen Rechte immer nur als zu der ratio scripta zurückging, als zu der die großen Grundgedanken alles Rechtes systematisch durchdenkenden allgemeinen Rechtslehre, als welche ja das römische Recht wesentlich auch an den englischen Universitäten jener Zeit gelehrt und gelernt wurde. Das in mehr als einem Jahrtausend römischer Geschichte zu höchster Vollendung gestaltete System des römischen Rechtes, das Recht eines auf der Höhe seiner Macht stehenden Weltreiches, blieb das unerschöpfliche Reservoir, aus dem die Rechtsentwicklung des langsam zum Großstaat heranwachsenden England immer und immer wieder schöpfte, um gegenüber dem in doktrinärem Formalismus erstarrenden gemeinen Rechte ein den Anforderungen des Rechtsverkehrs der heraufdämmernden Neuzeit gerecht werdendes, moderneres Recht zu schaffen, um der sich langsam aus den Bindungen der mittelalterlichen Zeit lösenden neuen freieren Wirtschaft auch freiere rechtliche Daseinsformen zu geben.

Fast noch stärker als in der Rechtsprechung des Court of Chancery prägt sich diese Tendenz der Entwicklung in der Rechtsprechung eines Sondergerichtes aus, dessen Tätigkeit sich ziemlich parallel zu derjenigen des Lordkanzlergerichtes entfaltet, etwa in gleichem Maße wie ungefähr drei Jahrhunderte zuvor neben der Entwicklung des alten Königsgerichtes die Sonderentwicklung der noch stärker römischrechtlich beeinflussten geistlichen Gerichte läuft. Dieses neue Sondergericht ist der Court of Admiralty, dessen Anfänge in die Mitte des 14. Jahrhunderts zurückführen, in die Zeit des Beginnes der nach dem Seesiege Eduards III. bei Sluys 1340 über die Franzosen langsam erstarkenden englischen Seemacht. Auch dieses Gericht

¹⁰⁾ Vgl. z. B. F. W. Maitland, *Equity* (Cambridge 1909), S. 32, und J. Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence* (3. englische Auflage von A. E. Randall, London 1920), S. 394 fg.

war im Anfange seiner Entwicklung zunächst wieder mit römisch- und kanonischrechtlich geschulten Klerikern besetzt, die im Auftrage des Lord High Admiral Recht sprachen, nach der Reformation aber wie die Kleriker des Chancery Court und der bischöflichen Gerichte durch weltliche Doktoren des römischen Zivilrechtes ersetzt wurden, die in den von Richard Bodewell 1511 unter Heinrich VIII. gegründeten Londoner Rechtsschulen der Doctors' Commons herangebildet wurden¹¹⁾. Aufgabe dieses Gerichtes wurde im Laufe der Entwicklung, auf zivilrechtlichem Gebiete im wesentlichen die Entscheidung see- und handelsrechtlicher Streitigkeiten. Die rechtliche Grundlage hierfür war einmal das auf rhodisches und römisches Recht zurückgehende Seerecht von Oléron, zum andern das im ausgehenden Mittelalter allgemeine europäische Handelsrecht, das wesentlich unter römischrechtlichem Einflusse an den Ufern des Mittelmeeres, vor allem in Italien und Südfrankreich, entwickelt worden und mit der sich im Zeitalter der großen Entdeckungen vollziehenden Verschiebung des Schwergewichtes des internationalen Handels an die Küsten des Atlantischen Ozeans nach West- und Nord-europa weiter vorgedrungen war¹²⁾. So machte sich wie in der Praxis der bischöflichen Gerichte auch in dem Arbeitsbereiche dieses Admiralitätsgerichtes ein besonders starker unmittelbarer Einfluß römischrechtlichen Denkens auf die englische Rechtsentwicklung geltend, dessen Spuren bis in das moderne englische Handelsrecht hinunterführen, das hauptsächlich durch die überragende Meisterschaft Lord Mansfields in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts unter Verwertung römischrechtlicher Grundgedanken geformt worden ist, deren Berücksichtigung Lord Mansfield einen erbitterten Angriff in den bekannten Juniusbriefen eintrug.

Aber weder die Entwicklung dieses unmittelbarer römische Rechtsgedanken aufnehmenden und weiterbildenden Sondergerichtes noch diejenige der Rechtsprechung des Court of Chancery ging, so notwendig sie in einer freieres und beweglicheres Recht fordernden Zeit national- und weltwirtschaftlichen Wandels war, ohne Widerstand vor sich. Beiden Gerichten setzte das alte Königsgericht, die Common Law Courts of Westminster, lebhaftesten Widerstand entgegen, in erster Linie der Rechtsprechung des Lordkanzlers, dessen Rechtskontrolle gegenüber der Praxis der gemeinrechtlichen Gerichte

¹¹⁾ Vgl. hierzu Nys a. a. O., S. 114 fg.

¹²⁾ Vgl. hierzu Scrutton a. a. O., S. 170 fg., 177 fg.; Holdsworth a. a. O., Bd. V, S. 60 fg.

bald immer lebhafter fühlbar wurde. Lange ging der Kampf zwischen beiden Gerichten, im Grunde ein Kampf zwischen englisch und römisch betontem Rechtsdenken, hin und her; unter der Regierung der Königin Elisabeth (1558—1603) wurde er schließlich zugunsten des Court of Chancery entschieden. Ein 1616 unter ihrem Nachfolger Jakob I. von dem Lordoberrichter Coke noch einmal unternommener Versuch, die Vorherrschaft der Common Law Courts und des von ihnen gehandhabten gemeinen Rechtes wieder zu erlangen, endete mit einem Siege des Court of Chancery und des von seiner Rechtsprechung getragenen Billigkeitsrechtes, dem im Falle der Kollision mit Grundsätzen des gemeinen Rechtes ausdrücklich der Vorrang vor diesem zuerkannt wurde, eben weil es das Prinzip des Fortschrittes, der Beweglichkeit, der höheren Gerechtigkeit verkörperte.

Dieser für die englische Rechtsentwicklung der nächsten vier Jahrhunderte entscheidende Sieg des Equityrechtes ist keineswegs allein auf die persönliche Einstellung Jakobs I. zurückzuführen. Gewiß war ihm als schottischem Stuart römisches Rechtsdenken vertrauter als die Gedankengänge des englischen Common Law; denn seine nördliche Heimat hatte schon unter der Regierung seines Großvaters Jakob V. 1532 das römische Recht als subsidiäres Landesrecht rezipiert, als nach dem Vorbilde des Pariser Parlamentes der Court of Session in Edinburg als oberstes zentrales Landesgericht geschaffen wurde¹³⁾. Ausschlaggebend aber war nicht dieser persönliche Zufall, sondern die Tatsache, daß das englische gemeine Recht nicht mehr allein den Anforderungen der ein moderneres, beweglicheres, gerechteres Recht verlangenden neuen Zeit gewachsen war. Es war rechtsgeschichtlich ein Sieg des hochentwickelten römisch-rechtlichen Denkens über die schwerfällige englische Rechtsmethodik des ausgehenden Mittelalters, die das gemeine englische Recht in einem Zeitalter lebendigsten Vorwärtsdrängens des nationalen Lebens zur Unfruchtbarkeit verdammen mußte, obwohl es einst im Anfange seiner Entwicklung selbst unter dem Einflusse römischer Rechtstechnik fähig gewesen war, aus einer Fülle germanischer Rechte überhaupt erst ein System nationalen englischen Rechtes zu schaffen.

So sehen wir an der Wende vom Mittelalter zur Neuzeit zwei rechtliche Systeme sich in England nebeneinander entfalten: das Common Law und die Equity Rules. Beide Rechtssysteme sind

¹³⁾ H. Goudy, *The Fate of the Roman Law north and south of the Tweed* (London 1894); G. Wilke, *Die Zivilgerichtsverfassung Schottlands*, *Hanseatische Rechtszeitschrift* 1926, S. 1 fg.

unter der Einwirkung des römischen und kanonischen Rechtes geformt, an römischer juristischer Kunst gebildet worden. Im zeitlichen Abstände von etwa zwei Jahrhunderten läuft ihrer beider Entwicklung doch im Anfange ihres Werdens gleichmäßig unter der unmittelbaren entscheidenden Einwirkung der Klerikerschaft, die nach ihrer Verdrängung aus den Common Law Courts von Westminster fast gleichzeitig in dem neuen Court of Chancery ein neues gleichartiges und gleichwertiges Tätigkeitsfeld findet, das sie erneut mit dem Geiste des römischen Rechts befruchtet, dessen Einflüsse auch dann spürbar bleiben, als im weiteren Verlaufe der geschichtlichen Entwicklung der geistliche Einfluß notwendig auch in diesem Gerichte mehr und mehr verschwand. Neben diesen beiden großen Strömen der bis auf unsere Tage führenden Entwicklung des englischen gemeinen und Billigkeitsrechtes laufen weiter durch die Jahrhunderte hindurch die parallelen Entwicklungslinien der zwei stärker und unmittelbarer als die beiden Hauptsysteme römischrechtlich geprägten Sondergebiete, des der Rechtsprechung der geistlichen Gerichte bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts zugewiesen bleibenden Ehe- und Erbrechts und des der Zuständigkeit des Admiraltätsgerichts in gewissem Umfange unterworfen bleibenden See- und Handelsrechts, bis schließlich in der großen viktorianischen Justizreform der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts alle diese getrennten Entwicklungen mit der Schaffung des englischen High Court of Justice als dem zentralen erstinstanzlichen Landesgerichte Englands in einen breiten großen Strom einmünden.

Hat zwar so das römische Recht auf die Entwicklung des englischen Rechtes bedeutenden, wenn auch vielfach nur indirekten Einfluß ausgeübt, so ist es doch in England niemals in seiner Gesamtheit als subsidiäres Landesrecht rezipiert worden wie im benachbarten Schottland oder in den Ländern des europäischen Kontinents. Fast wäre allerdings auch dies geschehen, als das römische Recht in der Glanzzeit seiner europäischen Renaissance¹⁴⁾ das Festland erobert hatte und wie an den kontinentalen Universitäten so auch an denen Englands neue Triumphe feierte, vor allem unter dem starken Schutze der Tudors, deren absolutistischen Ansprüchen gerade das römische Staatsrecht willkommene Stützen bot. Aber schließlich war das englische Recht, das sich gerade unter der Einwirkung römischer

¹⁴⁾ Vgl. hierzu F.W. Maitland, *English Law and the Renaissance* (Cambridge 1901); P. Vinogradoff, *Roman Law in Mediaeval Europe* (London-New York 1909).

Rechtssystematik schon früh über den zersplitterten germanischen Rechten des Insellandes zu starker Einheitlichkeit hatte erheben können, eben durch diese Entwicklung stark genug geworden, um die dem nationalen Empfinden dieser stolzen Epoche in der Geschichte Englands widerstrebende Aufnahme des römischen Rechtes als System entbehrlich zu machen, anders als in den Ländern des europäischen Festlandes, in denen ein durch die Subsidiarität des römischen Rechtes gebotenes einheitliches Rechtssystem gegenüber der bunten Vielheit lokaler Rechte und Gewohnheiten schließlich mehr oder weniger eine staatspolitische Notwendigkeit geworden war. Und mit der Ablehnung des von seinem Vetter Reginald Pole ausgehenden Vorschlages der Rezeption des römischen Rechtes in England hat Heinrich VIII. nur die logische Folgerung aus dieser Entwicklung gezogen und damit dem englischen Rechte den Weg zu selbständiger nationaler Weiterentwicklung gezeigt, auf dem es langsam zu seiner heutigen Höhe emporgestiegen ist und auf dem es schließlich die halbe Welt dem englischen Geiste erobert hat.

Denn gerade in der Zeit der Tudors, in der der kommenden Entwicklung des englischen Rechtes entscheidend die Richtung gewiesen wurde, beginnen ja die ersten Grundlagen des künftigen britischen Imperiums gelegt zu werden, dessen Entwicklung auch das englische Recht über die Meere trägt, um den an fernen Ufern neu erstehenden Welten die rechtlichen Formen ihres wirtschaftlichen Daseins zu geben.

Neue große Aufgaben brachte diese Ausbreitung der britischen Macht der englischen Rechtspolitik im Rahmen der allgemeinen Reichspolitik, deren natürliches Ziel es sein mußte, die wirtschaftlichen und kulturellen Bande zwischen dem Mutterlande und den neuen überseeischen Gebieten durch ein einheitliches Privatrecht nach Möglichkeit noch fester zu knüpfen. Dieses letzte Ziel — ein Reich, ein Recht — hat die Rechtspolitik Englands niemals aus den Augen verloren; verwirklichen aber konnte sie dieses Ideal bis heute nicht ganz; dazu waren die politischen Hemmungen, die sich dieser Rechtsentwicklung bei dem Aufbau des Riesenreiches entgegenstellten, zu groß.

Zwar bestanden solche Hemmungen nicht in Ländern, die von den Engländern zum ersten Male europäischen Einflüssen erschlossen, von ihnen zum ersten Male besiedelt wurden oder in denen die Engländer bei der Errichtung ihrer Herrschaft vor ihnen ansässig gewesene europäische Siedler vollständig verdrängten. Denn in diese europäischen Rechtes baren Länder konnten die neuen Gebiete, ohne Widerstand zu finden, das

Recht ihrer englischen Heimat verpflanzen als das mit ihnen geborene Recht, dem sie als Untertanen der britischen Krone, die sie auch in den neuen englischen Besitzungen blieben, nach wie vor unterworfen blieben¹⁵). Als das natürliche Ergebnis dieser Entwicklung beherrschen heute die Grundsätze des englischen Rechtes, wenn auch durch die wechselnden Bedürfnisse der örtlichen Wirtschaft vielfach abgewandelt, das Rechtssystem der weitaus meisten Kronkolonien wie der von den Engländern besiedelten Dominions, also Australiens, Neuseelands, Neufundlands und des größten Teiles von Canada ebenso wie das anglo-indische Recht Britisch-Indiens und das Recht des früheren britischen Kolonialgebietes der heutigen Vereinigten Staaten von Amerika¹⁶).

Aber diese kampflose Ausdehnung des englischen Rechtes über große Teile des entstehenden britischen Weltreiches mußte ihre Schranken finden in Gebieten, in die bereits frühere europäische Kolonisatoren das Recht ihrer Heimat, also römisch-rechtlich gestaltetes kontinentales Recht, getragen hatten und in denen die ältere Siedlungsbevölkerung auch nach dem Übergange der Herrschaft an England im Lande verblieb. Denn in diesen sei es im Wege der Eroberung, sei es im Wege der Abtretung an die englische Krone fallenden Kolonien mußte die englische Rechtspolitik mit den gegebenen Zuständen rechnen und im Interesse der Versöhnung der alteingesessenen europäischen Kolonialbevölkerung mit der neuen Verwaltung darauf bedacht sein, nicht durch einen plötzlichen Wechsel des bisher im Lande geltenden und den vorenglischen Siedlern vertrauten Rechtes politische Schwierigkeiten hervorzurufen. Und in der Tat hat die englische Rechtspolitik diesen Umständen Rechnung getragen, und in all diesen *ceded and conquered colonies*, wie die englische Kolonialrechtswissenschaft diese Gebiete bezeichnet¹⁷),

¹⁵) Vgl. hierzu den *Test Case Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp. 204.

¹⁶) Eine Übersicht über das Privatrecht der überseeischen Besitzungen Großbritanniens geben *Burge's Commentaries on Colonial and Foreign Laws*, in neuer Auflage herausgegeben von A. W. Renton und G. G. Phillimore, London 1907 fg.; vgl. auch das auf diesem Werke beruhende Buch dieser Herausgeber *Colonial Laws and Courts* (London 1907). Reiches Material bieten auch C. E. A. Bedwell, *The Legislation of the Empire from 1898 to 1907* (London 1909), 4 Bände, und die bekannte Sammlung „Die Handelsgesetze des Erdballs“ in deutscher und englischer Ausgabe sowie Ch. Ph. Sherman, *Roman Law in the Modern World* (New Haven Conn. U. S. A. 1922).

¹⁷) Ch. J. Tarring, *Chapters on the Law relating to the Colonies* (London 1913, 4. Auflage), S. 3 fg., 12 fg.

den bei der Errichtung der englischen Herrschaft vorgefundenen Privatrechtszustand auch dann bestehen lassen, wenn dies in den den Hoheitswechsel begründenden oder anerkennenden Verträgen nicht ausdrücklich vorgesehen war. Sie tat das im Vertrauen darauf, daß die wirtschaftliche Entwicklung, vor allem die im Laufe der Zeit immer enger werdende ökonomische Verknüpfung der verschiedenen Teile des britischen Reiches, schließlich von selbst naturnotwendig zu einer Vereinheitlichung oder zum mindesten zu einer Angleichung des privaten Rechtes innerhalb dieses Wirtschaftskreises führen würde. Diese Erwartung hat wirklich in mancher Hinsicht nicht getrogen; abgeschlossen ist jedoch diese Entwicklung bis heute noch nicht. In einigen weniger bedeutsamen Gebieten des Reiches ist es allerdings teils im 19., teils erst im 20. Jahrhundert gelungen, das früher dort geltende Recht der älteren europäischen Besiedlung allmählich durch das englische Recht zu ersetzen. In großen und wichtigen Siedlungsgebieten ist aber dieser Ausgleichungsprozeß bisher im wesentlichen nur im Bereiche des Handelsrechtes gelungen, während für das übrige bürgerliche Recht noch heute das vorenglische Recht gilt, wenn auch die Angleichung dieser Rechtssysteme an das englische Recht — nicht zuletzt unter dem Einflusse der zentralen Revisionsinstanz des Judicial Committee of the Privy Council in London — nach wie vor erstrebt wird. Mit welchem Erfolge, muß die Zukunft lehren.

Die Rechtssysteme nun, die der Ausbreitung des englischen Rechtes in diesen überseeischen Gebieten entgegentraten, waren als eine natürliche Folge der Kolonialgeschichte der europäischen Mächte die Rechte der älteren, in der Hauptsache im 18. und 19. Jahrhundert durch England abgelösten Kolonialvölker, der Spanier, der Franzosen, der Holländer, durchweg also Rechtssysteme, die im Laufe der Jahrhunderte auf das stärkste vom römischen Rechte beeinflußt worden waren. Am wenigsten kommt in dieser Hinsicht das spanische Recht in Betracht. Denn das einst gewaltige spanische Kolonialreich ist im wesentlichen in den souveränen mittel- und südamerikanischen Republiken aufgegangen und im übrigen in den Machtbereich der Vereinigten Staaten von Amerika einbezogen worden, während England eine bedeutsamere spanische Erbschaft nur in Jamaica, Gibraltar und Trinidad angetreten hat. In den beiden ersteren Territorien kam wegen der Verdrängung der vorher ansässig gewesenen spanischen Bevölkerung eine Übernahme spanischen Rechtes nicht in Frage, und sie wurden demgemäß als *settled colonies* behandelt. Dagegen blieb das spanische Recht auf der

von einer größeren spanischen Siedlerschaft bewohnt bleibenden Insel Trinidad auch nach der im Frieden von Amiens 1802 bestätigten Besitzergreifung durch die Engländer im Jahre 1797 in Kraft. Es wurde jedoch hier unter dem Drucke der Forderungen der unter der englischen Herrschaft mehr und mehr wachsenden englischen Bevölkerung im Laufe des 19. Jahrhunderts nach und nach durch das englische Recht ersetzt und schließlich nicht nur auf dem Gebiete des Handelsrechtes, sondern auch im Bereiche des gesamten bürgerlichen Rechtes völlig verdrängt, so daß heute diese Insel eine unbestrittene Sphäre des englischen Rechtes ist ¹⁹⁾).

Wesentlich bedeutsamer als das spanische ist das im britischen Imperium aufgegangene ehemalige französische Kolonialgebiet. Darum ist der Wirkungskreis des französischen Rechtes innerhalb der englischen Machtsphäre erheblich größer und beständiger geblieben als der des spanischen Rechtes. Neben den als letzter Rest des normannischen Herzogstums der englischen Krone verbliebenen Kanalinseln sind zwei Gebiete vor allem die Stützpunkte des französischen Rechtes im englischen Weltreiche: einmal die ostafrikanische Insel Mauritius mit den ihr verwaltungsmäßig angegliederten Seyschelleninseln, zum andern die kanadische Stammprovinz Quebec. Während Mauritius erst im Pariser Frieden von 1814 endgültig an England abgetreten worden ist, war das französische Kanada schon im Versailler Frieden von 1763 England zugefallen, und dieser Unterschied des Zeitpunktes der Loslösung von der französischen Herrschaft mußte notwendig eine Verschiedenheit des bei dem Übergange in die englische Verwaltung bestehenden Rechtszustandes zur Folge haben, lag doch dazwischen die große napoleonische Kodifikation des französischen Privatrechtes, die zwar noch Mauritius ergreifen konnte, dagegen nicht mehr das bereits verlorene Kanada. So war die Rechtsentwicklung in den ostafrikanischen Inseln verhältnismäßig einfach; hier übernahm England den napoleonischen Code civil sowohl wie die Codes de commerce und de procédure civile, deren Fortgeltung es ausdrücklich zugesichert hatte, und dieses Recht hat sich — lebenskräftiger als das spanische in Trinidad — bis heute, wenn auch mit mannigfachen, durch die Bedürfnisse der örtlichen Wirtschaft bedingten Abwandlungen, erhalten.

In dem etwa 50 Jahre zuvor an England gefallenem französi-

¹⁹⁾ Vgl. Ch. E. Reis, Spanish Law in the British Empire. Journal of the Society of Comparative Legislation. New Series. Vol. XIV (1914), Part I, S. 24 fg.

schen Kanada ¹⁹⁾ dagegen war der Rechtszustand bei dem Übergange an die britische Krone erheblich komplizierter, hatte doch die französische Heimat selbst um diese Zeit noch kein einheitliches Recht. Nicht nur war Frankreich seit dem ausgehenden Mittelalter in die beiden großen Gebiete des *Droit écrit*, des römischen Rechtes, im Süden und des *Droit coutumier*, des wesentlich germanischen Gewohnheitsrechtes mit subsidiärer Geltung des römischen Rechtes, im Norden geteilt, sondern dieses letztere Gebiet war wieder in zahlreiche kleinere Bezirke verschiedenen örtlichen Gewohnheitsrechtes zersplittert, und nur die von den französischen Königen, vor allem von Ludwig XIV. und XV., erlassenen Ordonnanzen hatten, im wesentlichen für das Handels- und Seerecht, schon damals ein gemeines französisches Recht geschaffen. Diesen bunten Rechtszustand in der Heimat, in der man, wie Voltaire spottete, auf einer Reise das Recht so oft wechselte wie die Pferde, konnte man natürlich auf das jenseits des Ozeans erstehende Neue Frankreich nicht übertragen, und Ludwig XIV. hatte darum schon 1664 für die amerikanischen Besitzungen die Geltung der *Coutume de Paris*, für die subsidiär das römische Recht galt, angeordnet, zu der im Laufe der Zeit die gemeines Recht schaffenden Ordonnanzen traten.

Diesen Rechtszustand hat allerdings England zunächst entgegen seiner sonst befolgten klugen Praxis zu beseitigen versucht, um den französischen Siedlern das englische Recht aufzuzwingen. Es mußte aber sehr bald infolge des Widerstandes der französischen Bevölkerung und gewarnt durch die Erfahrungen mit den gerade um diese Zeit abfallenden neu-englischen Nachbarkolonien, dieses Experiment aufgeben und die Fortgeltung des alten französischen Rechtes anordnen. Die Unübersichtlichkeit dieses zunächst langsam in der Rechtsprechung der neuen anglo-kanadischen Gerichte fortentwickelten Rechtes führte jedoch bald darauf zu einer Kodifizierung des französisch-kanadischen Rechtes in einem 1773 erlassenen *Code civil*. Dieses Gesetzbuch, das unter dem Einflusse der großen romanistischen Kommentatoren des französischen 17. und 18. Jahrhunderts, vor allem eines Domat und eines Pothier, entworfen worden war, zeigt fühlbarer noch als zuvor einen starken Einschlag römischen Rechtes, das bekanntlich auch, wie Fenets *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* ²⁰⁾

¹⁹⁾ Vgl. hierzu F. P. Watson, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada* (Montreal 1907); W. B. Munro, *Genesis of Roman Law in America*, *Harvard Law Review* XXII (1908/9), S. 579 fg.

²⁰⁾ Paris 1836, 15 Bände.

deutlich zeigt, auf die etwa drei Jahrzehnte später erfolgende große napoleonische Kodifikation des französischen Rechtes in der Heimat tiefgehenden Einfluß ausgeübt hat. Eine Übernahme dieser napoleonischen Kodifikation nach Quebec ist zunächst nicht erfolgt. Erst als sich um die Mitte des 19. Jahrhunderts der Code civil von 1773 als reformbedürftig erwies, ist schließlich eine neue Kodifikation in dem 1866 ergangenen neuen, noch gegenwärtig in Kraft stehenden Code civil erfolgt, nunmehr in unmittelbarer Anlehnung an das im französischen Code civil gegebene Vorbild. Auf diese Weise ist das bürgerliche Recht in Quebec demjenigen in Mauritius wieder angeglichen worden, so daß das französische Recht innerhalb des britischen Weltreiches heute im wesentlichen das Recht des französischen Code civil ist; denn wie auf den ostafrikanischen Inseln, so hat sich auch in Quebec das französische Recht, getragen von einem starken Stammesbewußtsein der französischen Kanadier — die rechtliche Seite des französischen Problems in Kanada — bis auf die Gegenwart erhalten. Nur im Prozeßrechte, wo der 1876 erlassene Code de procédure civile schon einen sehr bedeutenden englisch-rechtlichen Einschlag zeigt, vor allem aber hier wie sonst in erster Linie im Handelsrecht, hat das englische Recht allmählich das alte fremde Recht verdrängt. In einer von acht englisch-rechtlichen Provinzen umschlossenen Provinz einer englischen Dominion, die in der Hauptsache mit dem englischen Mutterlande und den benachbarten ebenfalls englisch-rechtlichen Vereinigten Staaten von Amerika Handel treibt, ist diese Entwicklung wirtschaftlich durchaus begreiflich, und sie wurde auch hier wieder bedeutend dadurch erleichtert, daß gerade das englische Handelsrecht das am wenigsten typisch nationale Recht ist, vielmehr im wesentlichen parallel der kontinentalen Handelsrechtsentwicklung ausgestaltet worden ist.

Von noch größerer Bedeutung als das französische Recht ist für die Rechtsentwicklung im britischen Weltreiche das Recht des dritten großen Kolonialvolkes geworden, dessen Erbschaft die Engländer in Amerika, in Asien, in Afrika in der Zeit der napoleonischen Kriege antraten: der Holländer. Auch in diesen ehemals holländischen Gebieten, in Britisch-Guayana, in Ceylon, in Südafrika, ließen die Engländer das Recht der alteingesessenen holländischen Bevölkerung in Kraft, und nur langsam und schonend versuchte und versucht die englische Rechtspolitik, auch hier nach und nach das Recht der alten Herren des Landes durch das englische Recht zu verdrängen. Verhältnismäßig günstig waren hierfür auch in diesem Falle die Bedingungen auf

amerikanischem Boden, und wie das spanische Recht im nahen Trinidad, so verschwand auch das holländisch-römische Recht in Britisch-Guayana schließlich vor dem andringenden englischen Rechte, wenn diese Entwicklung auch hier wesentlich später als in Trinidad erst in jüngster Zeit zum Abschluß gekommen ist ²¹⁾.

Zäher aber wurde das Ringen zwischen holländischem und englischem Rechte in Ceylon und vor allem in Südafrika, wo eine starke holländisch-stämmische Bevölkerung bis heute an dem überkommenen Rechte ihrer Väter festgehalten und den anglisierenden Tendenzen der britischen Rechtspolitik widerstanden hat. Das in diese Gebiete von den holländischen Siedlern des 17. und 18. Jahrhunderts getragene Recht war das durch die mittelalterliche Rezeption des römischen Rechtes in Holland gewohnheitsrechtlich erwachsene Roman-Dutch Law, das im wesentlichen durch die Rechtsprechung der holländischen Gerichte und, an den Universitäten Leyden und Utrecht liebevoll gepflegt, durch hervorragende wissenschaftliche Leistungen bedeutender Gelehrter geformt worden war. Hugo Grotius' während seiner Gefangenschaft auf Schloß Loevenstein geschriebene und 1631 veröffentlichte „Einführung in die holländische Rechtswissenschaft“ war das erste für die weitere Ausgestaltung dieses Rechtssystems grundlegende Werk, auf dem sich dann die späteren großen Arbeiten eines Simon van Leeuwen, eines Joannes Voet, eines Joannes van der Linden aufbauten. Während aber mit der französischen Besetzung Hollands die Entwicklung dieses Rechtes in der Heimat plötzlich abbrach, beginnt etwa gleichzeitig am Kap der Guten Hoffnung mit der englischen Besitzergreifung der Kapkolonie während der napoleonischen Kriege der stille Kampf des holländisch-römischen Rechtes, dessen Fortbildung nunmehr zum wesentlichsten Teile der südafrikanischen Jurisprudenz überlassen blieb, mit dem von den neuen Gebietern mitgebrachten, sich allmählich durchzusetzen bemühten englischen Rechte. Um die Mitte des 19. Jahrhunderts breitet sich dieser Kampf nach Natal und schließlich auf das ganze Südafrika aus, nachdem mit dem Frieden von Vereeniging von 1902 auch die Transvaalrepublik und der Oranjerestaat in das britische Weltreich eingegliedert worden waren. In den Formen des englischen Prozeßverfahrens geführt, bedeutet dieser Kampf heute bei der Entwicklung, die die Politik

²¹⁾ J. C. Ledlie, Roman-Dutch Law in British Guiana, *Journal of the Society of Comparative Legislation. New Series.* Vol. XVII (1917), Part 3, S. 210 fg.; M. C. Dalton, *The Passing of Roman-Dutch Law in British Guiana*, *South African Law Journal* (1919); S. 4 fg.

in dieser Dominion genommen hat, im Grunde nur noch ein Ringen um den Anteil des römischen und des englischen Rechtes an dem in der Entstehung begriffenen einheitlichen südafrikanischen Rechte, zu dem die staatsrechtliche Vereinigung der alten Gebiete zur Südafrikanischen Union im Jahre 1910 den Boden noch mehr geebnet hat. Das Ziel dieser Entwicklung, deren maßgebender Träger bei der starken Beschränkung der Revision an das Judicial Committee of the Privy Council in London durch die südafrikanische Gesetzgebung der Oberste Gerichtshof in Kapstadt ist, ist die allmähliche Angleichung der beiden materiellrechtlichen Systeme, wie sie sich in der noch heute römische, holländische und englische Rechtsquellen gleichwertig nebeneinander zitierenden Rechtsprechung deutlich abzeichnet. Auch hier ist diese Angleichung auf dem Gebiete des Handelsrechtes am weitesten fortgeschritten; doch ist heute noch alles im Fluß begriffen, und erst die Zukunft wird lehren, ob den von einem erstarkenden südafrikanischen Nationalbewußtsein begünstigten holländisch-römischen Rechte oder dem der durchgebildeteren Technik des modernen Geschäftsverkehrs vielfach mehr entgegenkommenden englischen Rechte der größere Anteil an der endgültigen Gestaltung des werdenden Rechtes zufällt²²⁾. —

„Völker verrauschen, Namen verklingen.“ Das römische Weltreich ist in Trümmer gesunken, die Tempel Roms sind geborsten. Aber was dieses gewaltige Herrschervolk der antiken Welt auf dem Gebiete des Rechtes an Ewigkeitswerten geschaffen hat, ist geblieben. Zwei Kontinente, den europäischen und den südamerikanischen, hat sich das römische Recht in zwei Jahrtausenden erobert; aber das Werden des englischen Rechtssystems entscheidend zu beeinflussen und damit die sich um die Wende vom Mittelalter zur Neuzeit zwischen angelsächsischer und kontinentaler Rechtsentwicklung weitende Kluft zu schließen, ist ihm nicht gelungen. Es hat sich darum mit dem englischen Rechte in die Herrschaft der christlichen Welt teilen müssen. Aber selbst im Bereiche der britischen Macht hat es sich auf großen Gebieten in Amerika, in Afrika, in Asien in seinen französischen und holländischen Abwandlungen zu erhalten gewußt, und viele seiner auch in das englische Recht selbst aufgenommenen und mit diesem über den Erdball getragenen Gedanken zeugen auch hier von seiner unvergänglichen Lebenskraft.

²²⁾ Vgl. hierzu R. W. Lee, *Roman-Dutch Law in South Africa*, *Law Quarterly Review* XL (1924), S. 61 fg.; derselbe, *An Introduction to Roman Dutch Law* (Oxford 1925, 2. Auflage), S. 2 fg.; vgl. auch G. T. Morice, *English and Roman-Dutch Law* (Grahamstown-London 1905).

B. Besprechungen.

Vogel, Paul, Hegels Gesellschaftsbegriff und seine geschichtliche Fortbildung durch Lorenz Stein, Marx, Engels und Lassalle. Berlin 1925. (Kant-Studien, Ergänzungsheft Nr. 59.) VII, 384 S.

Der erste Teil dieser Arbeit, der die Gesellschaftsbegriffe Hegels behandelt, ist vor sechs Jahren auf Grund eines Preisausschreibens der Philosophischen Gesellschaft in Berlin verfaßt worden und hat damals wegen der sorgfältigen und verständnisvollen Darstellung der Hegelschen Gedanken den Preis davongetragen. — Hegel ist das große Verdienst zuzuerkennen, daß er in seiner Rechtsphilosophie als erster die bürgerliche Gesellschaft als ein vom Staate unterschiedenes, aber im Staate lebendiges und für den Staat unentbehrliches Gebilde erkannt und herausgehoben hat. Er hat sie zwar noch nicht sicher zu umgrenzen vermocht und manches, was unleugbar zu den Funktionen des Staates gerechnet werden muß, in den Begriff der Gesellschaft mit hineingenommen; aber die entscheidende Bestimmung hat er mit sicherem Blick erfaßt, daß nämlich die Gesellschaft die Stätte der Gemeinsamkeit und des Widerstreites der besonderen Interessen, der Staat aber die Macht der sittlichen Idee, die Verkörperung des Allgemeinen in jedem Einzelnen und darum der Ort und der Hort der Freiheit und des Rechtes ist. Hätte man diese Wahrheit festzuhalten vermocht, der Welt wäre viel Unheil erspart geblieben. Aber der einseitige Gesichtspunkt des Interesses, über den sich der Geist der Aufklärung nicht erheben kann und der das Denken der Angelsachsen wie der Franzosen beherrscht, hat sich in der Wirklichkeit zunächst stärker erwiesen als der des staatlichen organischen Gesamtlebens in Freiheit und Recht und hat die Staatsidee dem Primate der Gesellschaft, die Staatswissenschaft dem Diktate der Soziologie aufgeopfert. Wohin gerade die Gesellschaft dadurch gekommen ist, liegt klar vor Augen. Die notwendige Besinnung und Rückwendung von zerstörenden Abstraktionen zu konkreter Anschauung der Realität wird auf dem Gebiete der Staats- und Gesellschaftslehre so wenig auf sich warten lassen wie auf dem der theoretischen Philosophie überhaupt, die immer deutlicher zu einer Erneuerung der Metaphysik hinstrebt und immer entschiedener die Lösung vernehmen läßt: zurück zu Hegel! Da wird die Arbeit Vogels nützliche Dienste zur Einführung in die Hegelsche Gedankenwelt leisten können. Freilich mutet sie heute schon ein wenig veraltet an, weil sie gegen Hegel Vorwürfe erneuert, die ihrerseits landläufig waren, heut aber doch für erledigt gelten können: Panlogismus, logische Objektivitätswut (S. 97), magische Gewalt der allwaltenden Vernunft (S. 94), die die sittliche Freiheit des Subjekts in Frage stellt, und Verkennung der Macht des Irrationalen (S. 82). Da loben wir uns doch R. Kroner, der im 2. Bande seines vortrefflichen Werkes „Von Kant zu Hegel“ diesen den „größten Irrationalisten nennt, den die Geschichte der Philosophie kennt“, obwohl auch dieser Satz wieder einseitig ist. Was der Verf. über Hegels Anschauung vom Kriege (S. 85) und von der erblichen Monarchie (S. 82) sagt, scheint mehr aus empirischen Gefühlseindrücken als aus methodischer Begriffsbearbeitung zu stammen, und aus derselben

Quelle fließt auch das Mißverständnis über Hegels Stellung gegenüber dem Pauperismus (S. 55). Hegel hat die Tragik dieses Problems so tief empfunden, daß er, was innerhalb seiner rein begrifflichen Ausführung gar nicht notwendig gewesen wäre, ausnahmsweise auf den Einzelfall der sozialen Not eingeht, die durch die Anfangsstadien des Industrialismus in Großbritannien herbeigeführt worden war. Es ist verzeihlich, daß er dabei die Erscheinungen solch einer Übergangszeit verallgemeinert: die Zustände im Deutschland der letzten Jahrzehnte vor dem Weltkrieg haben deutlich genug bewiesen, daß, wenn der Ausgleich zwischen gesteigerter Produktion und ermöglichtem Weltverkehr erst einmal hergestellt ist, weder die Anhäufung der Reichtümer in wenigen Händen noch die Steigerung der Armut und Not bei der Klasse der Lohnarbeiter stattzufinden braucht; gerade diese Klasse hat damals bei uns den größten Aufschwung genommen. Wenn aber Hegel im Interesse der wahren Menschenwürde gegen „die Abwerfung von Scham und Ehre“ gegen „Faulheit und Verschwendung“, woraus „der Pöbel hervorgeht“, als radikalstes Mittel die schottische Gepflogenheit erwähnt, „die Armen ihrem Schicksal zu überlassen und sie auf den öffentlichen Bettel anzuweisen“, so klingt das wohl sehr grausam; es ist aber gemeint als ein Weg, die Zahl der Unterstützung Heischenden möglichst zu verringern und das Ehrgefühl bei allen zu wecken, die irgend noch Kräfte haben, sich selber zu helfen. Man darf doch auch nicht übersehen, daß er nicht bloß in den vorhergehenden Paragraphen (Rechtsphil. §§ 241 u. 242) die Armenpflege durch Staat und Kirche sehr ernsthaft würdigt, — sagt er doch sogar: die allgemeine Macht übernimmt die Stelle der Familie bei den Armen — sondern im Blick auf die abnorme Not der Massenarmut ausdrücklich das Unzureichende oder Schädliche aller Maßnahmen nachgewiesen hat, durch die man den Armen ein Einkommen zu sichern versuchen möchte. Gerade jetzt, wo das Problem der Erwerbslosigkeit sich in seiner ganzen Schwere fühlbar macht, hat man den Eindruck, als seien die knappen Worte Hegels über „unproduktive und produktive Erwerbslosenfürsorge“ für unsere Zeit geschrieben.

Grundsätzlich möchten wir uns noch gegen die Meinung des Verf. aussprechen, daß „die Gesellschaft ein Rechtsgebilde“ und „das Recht etwas durchaus Gesellschaftliches“ sei (S. 101). Man könnte mit demselben Rechte sagen, das Recht sei etwas durchaus Familiäres und die Familie ein Rechtsgebilde. Tatsächlich dagegen sind Familie und Gesellschaft Materien, die das Recht in seine Behandlung nimmt, Naturgegebenheiten, die begrifflich dem Staat und dem Rechte vorausliegen, wenngleich der Staat als die Macht der Ordnung faktisch mit ihnen zugleich da ist und geschichtlich sogar ihre Unterscheidung von ihm und seine von ihnen erst allmählich hervortritt. Man kann auch die Gesellschaft nicht als ein irgendwie sittliches Gebilde ansehen. Die Familie, die auf dem Grunde des Gemüts, der Pietät sich aufbaut, hat den Charakter unbefangener, darum auch unfreier Sittlichkeit; die Gesellschaft, deren Grundlage das besondere Interesse ist, hat den Charakter selbstsüchtiger Verständigkeit und kann wohl wie z. B. auch die Arbeit dem Menschen Anreiz geben, seinen individuellen Eigenwillen zu überwinden, niemals aber selbst ihm ein sittliches Ideal darbieten.

Zuletzt bemerken wir noch zu diesem Teile der Vogelschen Arbeit, daß in der kurzen Darstellung der Entwicklung des Gesellschaftsbegriffs in dem Hegelschen Denken (S. 63 ff.) der Abschnitt der Phänomenologie über „Herrschaft und Knechtschaft“ merkwürdigerweise nicht erwähnt wird. Hegel zeigt dort, wie der Knecht durch seine Arbeit sich unab-

hängig und den Herrn von sich abhängig macht, so daß der Knecht Herr und der Herr Knecht wird. Der Einblick in dies Verhältnis bewahrt vor dem Aberglauben an die unabänderliche Lohnsklaverei, an die unbedingte Übermacht des Kapitals über die Arbeit, — ein Aberglaube, den die Tatsachen längst widerlegt haben, von dem sich aber die Verbohrtheit durchaus nicht trennen will. —

Den zweiten Teil des Vogelschen Buches bildet eine Darstellung des Gesellschaftsbegriffs Lorenz von Steins. Es ist gewiß verdienstlich, an die Arbeiten dieses Mannes wieder zu erinnern, der, unzweifelhaft auf Hegelscher Grundlage fußend, die sozialen Bewegungen in England und Frankreich gründlich studiert und daraus manches wertvolle Ergebnis für die Erkenntnis der gesellschaftlichen Verhältnisse überhaupt gewonnen hat. Immerhin führt gerade auch nach den Ausführungen Vogels der systematische Ertrag der Steinschen Arbeiten nicht eigentlich über Hegel hinaus. Die geringere systematische Kraft Steins zeigt sich gleich daran, daß er den Hegelschen Begriff der bürgerlichen Gesellschaft zu dem der menschlichen Gesellschaft erweitert und ihm dadurch jede Prägnanz und feste Umgrenzung nimmt. Die Menschheit bildet nun einmal keine einheitliche Gesellschaft, und die geistig höherstehenden Schichten der Kulturwelt, die über die materiellen Interessen hinweg durch geistige Interessen sich international verbunden wissen, stellen Gemeinschaften her, für die der Name der unsichtbaren Kirche passend ist und die eben darum der Behandlung als Gesellschaft unzugänglich sind. Praktisch kommt es dann auch bei Stein darauf hinaus, daß er die Gesellschaft als die Verbindung zur Pflege der besondern Interessen auffaßt, denen gegenüber der Staat die Macht der Einheit bildet. Steins wichtigster Beitrag zum Verständnis des gesellschaftlichen Lebens ist seine eingehende Behandlung der Begriffe Mittelstand und Proletariat; dadurch hat er unsere Einsicht in die Struktur der Gesellschaft dauernd bereichert. Freilich steht er in bezug auf das Proletariat auch unter dem Eindruck der trostlosen Zustände der industriellen Lohnarbeit in den unreifen Werdezeiten der Industrie und behauptet die unbedingte Tyrannei des Kapitals über die Arbeit, wovon ernsthaft nicht die Rede sein kann. Durch das Buch Vogels zieht sich die Vorstellung, nach der das Kapital mit dem Arbeitsertrage gleichgesetzt wird. Aber damit wird der spezifische Sinn dieses Ausdrucks, der ihn von Besitz, Vermögen, Eigentum unterscheidet, nicht getroffen. Dieser Sinn liegt darin, daß Kapital nicht so sehr Arbeitsertrag als Arbeitsbeschaffer und Arbeitsförderer ist. Kapital ist, was Zinsen trägt, und deshalb ist kein normal entwickelter Mensch kapitallos; er hat seine Arbeitskraft, seine Begabung, seine Geschicklichkeit, — ein Kapital, das zwar verhältnismäßig am schnellsten vergeht, dafür aber von unvergleichlich höchstem Wert ist. Denn alles Sachkapital ist ohnmächtig, wenn nicht eine Persönlichkeit dahintersteht, die es zweckmäßig zu verwenden weiß. Und so zeigt sich, daß auf wirtschaftlichem Gebiete wie überall sonst die ausschlaggebende Macht der Geist ist. Der Arbeitnehmer, der den Geist zu seiner Verfügung hat, ist dem bloßen Sachkapital allemal überlegen. Aber freilich, der Geist ist kein Massenartikel; deshalb wird die große Menge der Arbeitnehmer mit Fug und Recht immer nicht von dem Kapital, wohl aber von dem Geiste des Unternehmers abhängig bleiben, der mit dem Kapital zu disponieren versteht, und zum Heile der Menschheit wie gerade der Klasse der Lohnarbeiter insbesondere wird bis ans Ende aller Tage die Ordnung

bestehen bleiben, daß der Unternehmer sagen darf: daß sich das größte Werk vollende, genügt ein Geist für tausend Hände.

Dagegen lehnt sich nun der sozialistische Weltverbesserer auf, der deshalb nichts als ein revolutionärer Weltzerstörer wird. Man möge es dem Referenten erlassen, auf die sehr fleißige und ausführliche Darstellung des Marxismus und der Theorien Lassalles, die Vogel liefert, näher einzugehen; denn dieser ganze Stoff fällt aus dem Rahmen der Wissenschaft und erst recht der Hegelschen Gedankenwelt heraus. Es ist zu bedauern, daß der Verfasser es nicht vorgezogen hat, den Wirkungen der Hegelschen Gesellschaftslehre auf die Rechtsphilosophen, Staatsrechtslehrer und Volkswirtschaftler nachzugehen, die bemüht gewesen sind, Hegels Anregungen positiv auszubauen, statt daß er uns eine Schilderung gegeben hat, die doch nichts weiter sein kann als eine Geschichte des Mißbrauchs Hegelscher Gedanken im Dienste kulturfeindlicher und umstürzlerischer Wahnideen. Vogel gibt selbst (S. 256f.) eine vernichtende Kritik des Marxismus; um so unverständlicher ist es, daß er andererseits Marx über alles Maß verherrlicht. Er nennt Karl Marx Hegels größten Schüler (S. 211); man könnte ebenso gut Ignaz von Loyola Jesu größten Jünger nennen. Marx ist überhaupt kein Schüler Hegels, denn er steht dem Geiste Hegels gänzlich fern. Er hat richtig als Subalterner ihm abgesehen, wie er räuspert und wie er spuckt, den rein formalen Schematismus seiner Dialektik; aber Hegels Genie, sein Geist ist in dem „Toben des verrückten Eigendünkels“, wie Hegel längst vor Marx schon in seiner Phänomenologie den Standpunkt des revolutionären Weltverbesserers gekennzeichnet hat, nicht zu finden. Das „humanistische und idealistische Menschheitsideal“, das Vogel dem Marxismus zuschreibt (S. 239) und das sich in dem Proletarier verwirklicht, der „von Natur Kosmopolit, Humanist, Menschenfreund“ ist (S. 235), hat mit dem Lebensideal des deutschen Idealismus, geschweige denn Hegels gar nichts zu tun und ist nichts als ein Wiederaufleben der unwirklichen Abstraktionen der Aufklärung, von denen der deutsche Idealismus die Menschheit zu befreien unternommen hatte. Vogel gibt das auch zu, wenn er ausdrücklich feststellt, daß im Marxismus „Rousseau siegt“ (S. 243). Er rühmt dem Marxismus mehrfach nach, daß er der Gesellschaft die „menschheitsbefreiende Aufgabe“ stellt, „einem jeden Menschen ausnahmslos ein menschenwürdiges Dasein zu verschaffen“ (S. 218). Wie gänzlich wirklichkeitsfremd diese Vorstellung ist, ergibt sich sofort, wenn man fragt: Welches ist denn das Dasein, das des Menschen würdig wäre? Denn darauf werden die verschiedensten Antworten gegeben werden. Der Referent erklärt für das Lebensideal, in dem der Mensch zur wahren Menschenwürde sich erhebt, das Martyrium, d. i. die freie Selbstaufopferung der gesamten Individualität im Dienste eines überindividuellen Zweckes, eines allgemeinen Gutes. Diese Vollendung und Verklärung des Menschlichen ist von allen materiellen Bedingungen unabhängig, so daß der Weg zur wahren Glückseligkeit dem Geringsten wie dem Höchstgestellten in gleicher Weise offen steht. Schwerlich aber werden die Marxisten mit dieser Auffassung von menschenwürdigem Dasein übereinstimmen. Umgekehrt wird der Pöbel aller Stände, der vornehme wie der niedere, unter menschenwürdigem Dasein die unbeschränkte Möglichkeit zu sinnlichen Genüssen verstehen, auf gut Deutsch: Fressen, Saufen und vor allen Dingen Huren; darauf bezieht sich vornehmlich jener Neid der Besitzlosen, der den sozialen Kämpfen den widerwärtigen, menschenunwürdigen Begleitton gibt. Zwischen diesen beiden Extremen gibt es

eine Unendlichkeit von Lebensidealen: welches von ihnen soll die Gesellschaft, und natürlich doch mit den Mitteln der öffentlichen Gewalt, nun durchsetzen? Es liegt auf der Hand, daß sich keine ärgere Tyrannei denken läßt als ein Versuch, einen jeden Menschen ausnahmslos zu einem solchen Dasein zu zwingen, das irgendwelche Fraktionshäupter für das menschenwürdige erklären. Und was dabei herauskommt, das kann man zur Zeit ja an Rußland studieren. Marx und Engels waren Ideologen nicht, wie V. meint, „im Stile ihres Lehrmeisters Hegel“ (S. 284), sondern im Stile Robespierres; aus ihrer Saat von Drachengift kann nie etwas anderes als blutige Ernten hervorgehen.

Berlin.

Georg Lasson.

Vering, Carl, Platons Gesetze. Die Erziehung zum Staate. Verlag Englert und Schlosser; Frankfurt a. M., 1926.

Vering geht davon aus, daß zwei Umstände Platons opus posthumum zu einer so schwierigen Lektüre machen: der platonische Altersstil und der aphoristische Aufbau des Werkes. Da dieses nun aber unstreitig zu den gewaltigsten Taten des abendländischen Geistes gehört, sucht Vering die Beschäftigung mit ihm dadurch zu erleichtern, daß er den Inhalt Buch für Buch, Kapitel für Kapitel, gedrängt, aber getreu und in klarer, verständlicher Weise entwickelt, freilich unter teilweisem Verzicht auf die dialogische Form. Man wird sagen dürfen, daß Vering im wesentlichen sein Ziel durchaus erreicht hat. Sicherlich kann und will seine Arbeit die Lektüre des Originals nicht ersetzen; wohl aber vermag die scharfe Herausarbeitung und klare Gliederung der platonischen Gedanken das Eindringen in diese trefflich zu fördern. Eine solche Förderung wird noch verstärkt durch eine vorausgeschickte Einleitung, durch gelegentliche Erklärungen und Hinweise im Texte selbst sowie am Schluß durch Anmerkungen, Personen- und Sachregister.

Dabei bietet sich denn auch verschiedentlich für Vering eine Veranlassung, seine eigenen Stellungnahmen zu den mannigfachen Problemen zu entwickeln. Am wichtigsten ist hier nach wie vor die Frage nach dem Verhältnis der „Gesetze“ zur „Politeia“. Vering wendet sich gegen die herrschende Anschauung, daß Platon in dem späteren Werk die idealen Grundsätze des früheren preisgebe; ihm zufolge ist die in den „Gesetzen“ dargelegte Verfassung „ebenso ideal“ wie die der „Politeia“, und wenn Platon dort in der Tat einiges fallen läßt, was er hier aufstellt, so führt Vering dies ausschließlich darauf zurück, daß es sich in der „Politeia“ bloß um die Legislatur für die beiden oberen Stände, in den „Gesetzen“ hingegen um die für das ganze Volk handelt. Daß diese Zurückführung ausreichend ist, darf bezweifelt werden; ganz so einfach liegt die Sache denn wohl doch nicht. Gewiß, auch die in dem opus posthumum geschilderte Verfassung ist eine ideale; allein „ebenso ideal“ wie die Verfassung in dem älteren Werk ist sie höchstens dem Grade, nicht aber der Art nach. Im zehnten Kapitel des fünften Buches der „Gesetze“ unterscheidet Platon drei Staaten. Er spricht davon, daß er den besten früher gekennzeichnet habe, nämlich in der „Politeia“. Weiter expliziert er, daß er jetzt, in den „Gesetzen“, den zweitbesten Staat beschreibe, nämlich den, der das in der „Politeia“ gemalte Urbild zwar nicht erreicht, sich ihm aber am meisten annähert. Vom dritten Staat sagt Platon, daß er bei anderer Gelegenheit auf ihn zurückkommen wolle, und er meint damit offenbar den (realen) Staat, wie er wirklich ist, nicht mehr den (idealen) Staat,

wie er sein soll. Berücksichtigt man dies in Verbindung mit einer genauen Kenntnis sowohl der „Politeia“ wie auch der „Gesetze“, so ergibt sich, daß der Übergang von dem früheren zu dem späteren Werk zwar gewiß nicht die Preisgabe jedweden Idealismus zugunsten des Realismus bedeutet, wohl aber den Übergang von einem utopischen, absoluten, sich um die Realität nicht bekümmernenden zu einem kritischen, relativen, die Realität in Rechnung stellenden Idealismus. Wie Kant am Ende seines Lebens den Weg „nach unten“, nämlich zum „fruchtbaren Bathos der Erfahrung“, gegangen wissen wollte, so wünschte auch der altgewordene Platon die Fortentwicklung seiner Philosophie in der Richtung auf die irdische Welt hin. Hier liegt ein Problem vor, dem Vering wohl doch nicht ganz gerecht geworden ist.

Durchaus anzuerkennen ist hingegen sein Bestreben, bei und trotz aller Würdigung des Zeitlichen, Zeitgebundenen in den platonischen Gedanken ihren Ewigkeitsgehalt im allgemeinen sowie speziell ihre Bedeutung für die Gegenwart zu exponieren. Vering schlägt hier dieselbe Bahn ein, die der Referent in seinem Buche „Moderne Gedanken über Staat und Erziehung bei Plato“ (2. Aufl., Berlin, 1925; Verlag Dr. Walther Rothschild) beschritten hat. Besonders interessant und verdienstlich sind Verings Hinweise darauf, wie Platon die Lehren späterer Denker vorbereitet hat. So zeigt er, daß schon bei Platon Leibniz' Theodizee, Kants idealistischer Apriorismus, Goethes Altersweisheit in „Wilhelm Meisters Wanderjahre“, Savignys Einsicht in den Zusammenhang von Sitte und Recht, Wagners Gedanke des Gesamtkunstwerks sowie Nietzsches Unterscheidung des Apollinischen und des Dionysischen angelegt sind. Was diese Unterscheidung anbetrifft, so geht Vering wohl zu weit und sieht zu sehr mit den Augen Nietzsches, wenn er das Apollinische dem Sinn für Rhythmus und Harmonie und das Dionysische dem Drange nach Bewegung schlechtweg gleichsetzt; zutreffen dürfte es aber, daß in den diesbezüglichen platonischen Ausführungen die Grundlage von Nietzsches Auffassung zu finden ist.

Im übrigen wird man über Einzelheiten leicht verschiedener Meinung sein; der prinzipielle Wert der fleißigen und umsichtigen Veringschen Arbeit soll und kann durch die gemachten Ausstellungen in keiner Weise angetastet werden.

Berlin-Wilmersdorf.

Kurt Sternberg.

Ernst Swoboda. Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants. 318 S. Graz, 1926.

Das „Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie“ von 1811 beruht im wesentlichen auf dem Entwurfe und der Arbeit Zeillers. Da aber Zeiller, der zunächst durch den Wiener Naturrechtslehrer Martini beeinflusst war, ganz unmittelbar an Kant sich angeschlossen hat, ist es eine interessante Aufgabe, den Spuren Kants in diesem Gesetzwerte nachzugehen. Allerdings — soll mehr als eine biographisch wertvolle Arbeit geleistet werden, so muß entweder sich offenbaren, daß in dem Gesetzbuch der Geist der Kantischen Gesamtphilosophie weht; oder aber, wenn es sich nur um die Fortwirkung von Lehren Kants handelt, die nicht aus dem Zentrum seines Systems sich ergeben, so muß die Besonderheit dieser Lehren gegenüber dem Wissenschaftsbestande seiner Zeit dargelegt werden.

Verf. hat weder die eine noch die andere Voraussetzung erfüllt. Die Frage, wie sich das Alterswerk der Rechtslehre zu der Gesamtlehre verhält, birgt bekanntlich eine Fülle von Problemen in sich. Das Wesentlichste ist, daß in der Rechtslehre zwei Strömungen herrschen: es wird ein Naturrecht vorgetragen mit dem altbekannten Versuche, ein Rechtssystem a priori zu entwerfen; es wird aber auch eine Metaphysik des Rechts gefordert, dem die Aufgabe zukommt, „Grundlage einer möglichen positiven Gesetzgebung“ zu geben. Nur dieses zweite Problem entspringt dem Geiste des Kritizismus. Da Verf. an ihm vorbeigeht und auch in sonstiger Weise nicht prüft, wie die naturrechtlichen Lehren Kants aus der Tiefe seiner Philosophie, insbesondere seiner Ethik, sich erklären, so hätte es um so mehr an ihm gelegen, den persönlichen Anteil Kants an diesen seinen Lehren zu erweisen. Dazu hätte ein Vergleich mit Achenwalls Naturrecht, das Kant als Vorlage gedient hat, unter keinen Umständen unterbleiben dürfen. Ebensowenig durfte an Tieftrunk vorbeigegangen werden, aus dessen „Philosophischen Untersuchungen über das Privat- und öffentliche Recht zur Erläuterung und Beurteilung der metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre von Herrn Prof. Imm. Kant“ sich sehr gut ablesen läßt, was der Zeit bekannt und was ihr neu war. Daß diese Einbettung von Swobodas Untersuchungen in Philosophie und in Zeitgeschichte fehlt, schränkt ihren Wert von vornherein ein.

Was bleibt, ist eine gleichwohl dankenswerte und interessante Arbeit, die indessen dem Thema gegenüber nur als Vorarbeit betrachtet werden kann. Verf. klagt darüber, daß Österreichs Gesetzgebung den Reichsdeutschen wenig bekannt ist. Sein Buch kann dazu beitragen, diesen Mangel zu beseitigen, da die Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1811 aus einer prinzipiellen Einstellung erfolgt und so den Zugang erleichtert. Für den Geist dieses Gesetzbuchs trifft die Charakterisierung Landsbergs zu: es entspricht dem Standpunkt des Kantischen Naturrechts „in dessen erster Auffassung seitens der zeitgenössischen Juristen“.

Elberfeld.

Salomon.

Wilhelm Sauer, Grundlagen der Wissenschaft und der Wissenschaften. (XVI, 439 S. Verlag Dr. W. Rothschild, Berlin-Grünwald.)

Im Vorwort sagt der Verf., daß er sich die, wie er meint, durchaus neue Aufgabe gestellt habe, die Idee „der Wissenschaft“ zu ergründen und sie mit strenger Systematik in den Einzelwissenschaften durchzuführen. Diese Systematik operiert mit vier (höchstens fünf) Elementen, aus deren mannigfaltiger Kombination sich die Definitionen der einzelnen Wissenschaften bilden. Diese systematische Ganzheit ergibt eine in sich geschlossene Weltanschauung, die der Verf. kritischen Pantheismus nennt. Die beiden polaren Begriffe, zwischen denen sich die gesamte Problematik dieses Werkes bewegt, sind die schon aus früheren Schriften Sauers bekannten: der „Wert-Monade“ und des Grundgesetzes. Er umschreibt diese Termini im Vorwort, indem er die „Wert-Monade“ — „wissenschaftlich erhebliches Objekt“ (im Gegensatz zur bloßen Naturtatsächlichkeit) und das „Grundgesetz“ — „oberste wissenschaftliche Beziehung zwischen diesen Objekten“ nennt. Die Systematik Sauers gewinnt ihren Charakter dadurch, daß er den Interessenschwer-

punkt seiner Gedankenwelt in die Sozial-, letztlich in die Kulturphilosophie verlegt und damit den Forderungen der Zeit entsprechen kann. Dadurch erlangt der Begriff des Wertes eine alles beherrschende Bedeutung; so daß die Wissenschaft (ganz allgemein) sozial- und kulturphilosophisch begründet wird. Damit weicht Sauer z. B. vom systematischen Prinzip Kants und dem Marburger Kantianismus bewußt ab und will mit seinem Werke eine Neuordnung der gesamten Wissenschaften bieten. Erwähnen wir noch, daß der Verf. sich einfachster Schreibweise befleißigt, die es jedem Wissenschaftler ermöglicht, seinen Gedanken zu folgen, und daß die Vorarbeiten zu diesem Buch auf eine mehr als zwanzigjährige Bemühung sich erstrecken.

Das Buch gliedert sich wie folgt:

Der erste Teil „Die Wissenschaft“ enthält die konstruktiven Grundbegriffe. Demnach A. die Idee der Wissenschaft (S. 3—37); B. das Grundgesetz (S. 37—72) und C. die Wert-Monade (S. 72—115).

Der zweite Teil „Die Einzelwissenschaften“ entwickelt A. den Aufbau der Einzelwissenschaften in grundlegender Allgemeinheit und Übersicht (S. 119—188); B. die elf Einzelwissenschaften (S. 188—354) rechtfertigt nun die systematischen Prinzipien an der Gliederung der Wissenschaften, zunächst in zwei Gruppen: a) den vorbereitenden, sogenannten „Modell“-Wissenschaften Logik, Mathematik und Naturwissenschaft und b) den eigentlichen, „Wert-Monaden“-Wissenschaften: Geschichtswissenschaft, Philologie, Soziologie, Sozialphilosophie, Rechtswissenschaft, Ethik, Ästhetik und Kunstwissenschaft, Religionswissenschaft; und ferner durch die völlig analoge Erörterung bezüglich jeder dieser Einzelwissenschaften nach einem Schema von vier Kategorien: a) des Verhältnisses zwischen dem Ganzen und den Teilen, woraus sich die spezifischen Geltungswerte der „Richtigkeit“ (Logik, Mathematik), der „Wahrheit“ (Naturwissenschaften, Geschichtswissenschaft, der Philologie, der Soziologie), der „Gerechtigkeit“ (Sozialphilosophie, Rechtswissenschaft), der „Sittlichkeit“ (Ethik), der „Schönheit“ (Ästhetik) und der „Heiligkeit“ (Religionswissenschaft) ergeben; b) des Verhältnisses von Wert-Monaden und (bloß vorbereitenden) Modellen; darnach unterscheidet Sauer Kulturwissenschaften engerer Bedeutung (die unmittelbare Beziehungen zwischen Wert-Monaden herstellen, d. s. alle Einzelwissenschaften außer Logik, Mathematik und Naturwissenschaft) und solche weiterer Bedeutung, die nur „Modelle“ verknüpfen (Logik usw.), auf deren Grund aber sich die Wert-Monaden erheben sollen; denn die Natur soll in Kultur übergeführt werden; die mathematisch-logischen Sätze sind nur ein (an sich unwertiges) Werkzeug für Kultur; c) der kritischen oder neutralen Verknüpfung; dort Ästhetik, Rechtswissenschaft, Ethik; hier die übrigen, nämlich die beschreibenden Sozialwissenschaften, und die drei Modell-Wissenschaften; d) der konkretisierenden oder generalisierenden Verknüpfung; letztere leisten die „generalisierenden Wissenschaften“, d. h. Logik, Mathematik und Naturwissenschaften; alle übrigen sind konkretisierende Wissenschaften: Aus den Kombinationen der einzelnen Kontrastmomente jeder der vier Kategorien mit denen der übrigen drei ergeben sich die Definitionen der besonderen Wissenschaften (S. 128).

Der dritte Teil handelt von den Universalwissenschaften (S. 357—416). Als solche führt der Verf. auf: 1. Die Erkenntnistheorie (S. 368—379), 2. die Phänomenologie (S. 379—390), 3. die Kulturphilosophie (S. 390—401) und 4. die Metaphysik als problematische Wissenschaft. Diesen vier Universalwissenschaften ordnet sich eine Universalität höherer Ordnung über, aus der sich die höchste Einheit der Weltanschauung, „das Ganze“, im Sinne des kritischen Pantheismus ergibt. Das Buch beschließt ein ausführliches Register.

Im folgenden versuchen wir, der Skizze, die wir von diesem weitgreifenden Werke gegeben, einige Details einzufügen, dadurch ein deutlicheres Bewußtsein von der beträchtlichen Eigenart dieser Gedankenarbeit Sauers im Leser dieses bescheidenen Referats entstehen möge. Wir vermeiden jegliche Polemik, da sie, im Rahmen einer solchen Gesamtanzeige, zur eigenen Begründung nicht den Raum beanspruchen darf und kraß hingestellt, keinem nutzen könnte. Sind doch die Probleme, die Sauer in diesem unter allen Umständen sehr beachtenswerten Werke sich und dem Leser stellt, von schlechtweg universalem Interesse und eben darum von nie zu erledigender Irrationalität.

Wo immer es sich um Kritik einer wissenschaftlichen Leistung handelt, hat sich die Beurteilung nicht auf den Verlauf zu richten, sondern auf die Anfänge, auf das, worauf sich der Autor ursprünglich stützt. Auch Sauer ist dieser Meinung und sucht „die gesicherte Grundlage“, die ihm als „etwas Absolutes“ gelten dürfe. Er geht vom „Leben“ aus; nicht vom individuellen, sondern vom „Leben überhaupt“. Dieser Ausgang schließt allerdings schon bereits „Betrachtung“ ein; und umgekehrt Betrachtung löst sich auch nie vom „Leben“ oder „Erleben“ ab. Nun ist „Betrachtung“ die eigentliche wissenschaftliche Tätigkeit, mit ihren beiden Momenten des „Denkens“ und der „Intuition“. „Betrachten“ ist schöpferische Leistung, es ist aktive „Bedeutung“, *Sinngebung*, ist Korrelativierung eines Letzten und eines Ersten, durch deren Bezug ein Gegenständliches sinnvoll, ein Sinn gegenständlich wird. Somit besteht die wissenschaftliche Betrachtung in der harmonischen Verknüpfung eines letztlich Gegenstandshaften: der Wert-Monade mit dem, letztlich Sinn und Wert Gebenden: dem Grundgesetz. Die Wert-Monade ist also, als Moment der wissenschaftlichen Korrelation schon ein „durch die Hände eines Subjekts (des Kulturmenschen) gegangenes Objekt“; davon zu unterscheiden ist das „vorwissenschaftliche, vorkulturelle Objekt“, die „bloße Monade“ (doch wohl nur im Sinne einer hypothetischen Abstraktion). Trotzdem die „Wert-Monade“ schon ein Gebilde der wissenschaftlichen „Betrachtung“ ist, ist sie doch als „Objekt“ das identische für die verschiedenen einzelwissenschaftlichen Grundgesetze; der Unterschied entspringt allein durch die verschiedene Art der Verknüpfung. Es handelt sich bei den Wert-Monaden nach allem Gesagten also schon um nicht mehr Individuelles, Einmaliges; denn nur das Allgemeingültige ist das „Wertvolle“; somit ist die Wert-Monade die kleinste, in sich geschlossene Gesetzmäßigkeit, die sich aus dem Chaos des Lebens unmittelbar erhebende sinnvolle Einheit. Dieses „Leben selbst“ so wenig wie „die Ewigkeit“ vermag die Wissenschaft nie zu ergreifen; beide sind ihr gleichsam polare Schranken; jenes hinter den Wert-Monaden, dieses hinter dem obersten Grundgesetz. Gleichwohl können die Wert-Monaden als „Abbild“ des „Lebens“, wie die Grundgesetze als „Abbild“ der Ewigkeit aufgefaßt werden. Somit bezieht die Korrelation von Wert-

Monade und Grundgesetz beide polaren Schranken so aufeinander, daß die Metaphysik sagen kann: Das Leben gehe in die Ewigkeit ein.

Wissenschaft unterscheidet sich von den anderen Kultur-mächten (Religion, Moral, Kunst, Werkkultur) durch klares Durchdringen (Denken der Gesetze) gegenüber denen bloßer Intuition. Sie ist auf (traditionelle) Arbeitfortsetzung bestimmt und trotzdem in sich geschlossenes System, dadurch gelangt ihre Bewegung zur Ruhe.

Die Grundgesetze der einzelnen Wissenschaften sind miteinander eng verwandt, da sie alle aus der Wurzel des Kulturgrundgesetzes entspringen. Die Funktionen des einzelnen Grundgesetzes sind 1. die Widerspruchsfreiheit des einzelnen Wissenschaftsganzen; 2. die Fruchtbarkeit der Erkenntnis im spezifischen Gegenstandsbereich (der Wert-Monaden); 3. die systematische Bezogenheit aller Wissenschaften aufeinander; 4. die Einsicht, daß von „Erkenntnis“ immer nur in einem spezifischen Sinne gesprochen werden kann (Relativität), also von einer Erkenntnis („der Mitte“), die zwischen den Polen der Wert-Monaden (kleinsten Wert-Einzelheit) und dem spezifischen (Standort)Grundgesetz (größte spezifische Einheit) sich bewegt; diese autonome Relativität ermöglicht die absolute Geltung des spezifischen Grundgesetzes. Sowohl das spezifische Grundgesetz wie die auf es bezogene Wert-Monade sind Gebilde der Intuition; denn es sind Grenzwerte der Wissenschaft.

Jedes besondere Grundgesetz konstituiert eine besondere Wissenschaft. Das oberste Kulturgrundgesetz besagt, daß sämtliche Wert-Monaden in einer durchgängigen Harmonie stehen. Die Besonderung in den Einzelwissenschaften ergibt sich nur durch die verschiedene Weise der Verknüpfung gemäß dem spezifischen Gesichtspunkt (Grundgesetz).

Über die Wert-Monaden ist näher dies zu sagen: Hier taucht das Problem des Irrationalen auf; es ist als „das Gegebene“ („Gegenstand“ weitester Fassung) ein Grenzbegriff der Erkenntnis; zu diesem Grenzgebiet gehört, wie schon gesagt, „das Leben“ und „die Ewigkeit“. Das Primäre, das von der Wissenschaft aus diesem Grenzgebiet, nach Richtung des Lebens, herausgehoben wird, sind die Wert-Monaden (oder die Modelle), als das eben noch in ein Gesetz Einfügbare, durch ein Gesetz Bestimmbare; sie sind der dem (spezifischen) Grundgesetz unmittelbar, am harmonischsten zugeordnete „Gegenstand“. Die Wert-Monade ist das „Ideelle“ in Richtung des „Lebens“. Als kleinste Gegenständigkeit ist sie Monade; als schon auf ein Grundgesetz Bezogenes: Wert-Monade; während das bloße „Leben“ sich zum großen Teil aus Unwerten (z. B. Krankheitsbazillen) und Nichtwerten (z. B. das bloß individuelle, schlechthin Transitorische) zusammensetzt; während die Wert-Monaden die spezifischen Untersuchungsobjekte der Wissenschaften sind; somit ist die Wert-Monade 1. die kleinste Gegenstandseinheit, 2. die kleinste Wert-Einheit, 3. das Korrelationsmoment zur Ganzheit. Sie vertritt den wissenschaftlichen Begriff des Individuums. (Dem Referenten sei einmal erlaubt, die häufigen polemischen Anmerkungen gegen den Marburger Kantianismus als ihm der Sache wegen peinlich zu bemerken.)

Der Begriff des „Wertes“, der das ganze Werk durchzieht, schwankt zwischen dem Begriff des Sinnhaften, Bedeutungshaften, Gesetzmäßigen und dem „Wert-Grundgesetz“: „Mehr Nutzen als Schaden!“, dadurch alle Wissenschaften teleologisch fundiert werden sollen; das heißt: die Wissenschaften sind nicht (wie „besonders die Marburger“

getan haben sollen) an der mathematischen Naturwissenschaft zu orientieren, sondern dem Primat der Sozialphilosophie zu unterstellen.

Dieses teleologische Grundinteresse Sauers führt ihn dazu, trotz der Einführung der „Wert-Monade“ als kleinster Gegenstandseinheit wissenschaftlicher Bedeutsamkeit noch eine, der Wert-Monade vorgelagerte Gegenständlichkeit wissenschaftlichen Wesens einzuführen: die „Modelle“ für „Wert-Monaden“. Sie sind die Primärgegenstände der Logik, Mathematik und Naturwissenschaft und als solche „noch nicht zu Werten veredelt“; aber die natürlichen Bedingungen für eine Entwicklung von Wert-Monaden, also Vorstufen und Ursprünge der letzteren; aber auch ihnen ist das Teleologische im Blute; denn „die Modelle tendieren zur Wert-Monade“; ohne das „würde es sich gar nicht lohnen, sich mit ihnen abzugeben“. Diese Gesamtteleologie der Modell-Welt als tendierend auf die Wert-Monadenwelt, die der Ordnung des obersten Wert-Grundgesetzes untersteht, führt zur Annahme einer kosmischen (auf einen letzten Wert tendierende) Ordnung der Natur, während die Kultur als Ganzes die Summe aller miteinander verbundenen Wert-Monaden ist, die den Grundgesetzen genügen und sich an lebende Wertsubjekte (Individuen oder Gemeinschaften) knüpfen, und die, wenn das Leben entwichen, allein der Ewigkeit angehören. —

Die Bestimmung dessen, was für Sauer als „Einzelwissenschaft“ und was als „Universalwissenschaft“ zu gelten habe, gewinnt ihr freies Schalten aus der Behauptung, daß eine Grenze zwischen Philosophie und Einzelwissenschaften gar nicht zu ziehen sei, weil beide Gebiete ineinander übergehen; nur ein Mehr des Allgemeinen mache den Philosophen, ein Mehr des Einzelnen den besonderen Wissenschaftler. Daraus mag sich erklären, daß Logik, Ethik und Ästhetik auf gleicher Stufe der Einzelwissenschaftlichkeit mit Philologie und Rechtswissenschaft z. B. stehen. Und die Phänomenologie wird neben der Erkenntnistheorie zu einer Universalwissenschaft. Aber, wie dem auch sei, alle haben „dem Kulturganzen“ zu dienen; Logik, Mathematik und Naturwissenschaften haben nur die Dignität von Mitteln für diesen Zweck, haben sich der Übereinstimmung aller Lebensäußerungen mit der gesamten Menschheit einzufügen. So daß sämtliche Wissenschaften zwar nicht „angewandte“, aber anzuwendende Wissenschaften sind.

Hinweisen möchte Referent auf die durchgeführten Beispiele dafür, daß die Wissenschaft sich nicht durch die Verschiedenheit des realen Gegenstandes, sondern durch die Verschiedenheit der Betrachtungsweise unterscheiden; der Gegenstand ist stets der gleiche. Z. B. der Ort Schreiberhau im Riesengebirge, der Objekt (Wert-Monadenkreis) der Ästhetik, der Sozialphilosophie, Rechtswissenschaft, Ethik usw. sein kann und muß. (Referent weiß sich hierin mit dem Verfasser auf gleicher Gedankenbahn, wie seine früheren Schriften beweisen.)

Beschließen wir das Referat über dieses so unendlich viele Probleme wälzende Buch mit einigen Andeutungen über den Schluß: „Das Ganze“. „Das Ganze“ kann nur als Universalität höherer (zweiter und letztlich dritter) Ordnung gewonnen werden in einer Grenzbetrachtung: als weltanschauliche Metaphysik, die zwar nicht selbst mehr Wissenschaft, aber als Gewächs aus strenger Wissenschaft entspringen soll. Sie hat sich aller vier Sehweisen zu bedienen: der der wissenschaftlichen, der sittlich-religiösen, der künstlerischen und der werktätig arbeitenden Menschen, um zum großen, unbekannten X vor-

zudringen. Erst aus der Verbindung dieser vier Sehweisen entspringt die letzte Universalität (dritter Ordnung). Für diesen letztsinnigen Kosmos genügen die Augen der Wissenschaft nicht mehr; er trägt das Gepräge der künstlerischen Intuition. Der Begriff für sie heißt kritischer Pantheismus. Das besagt nicht: Gott ist; auch nicht: Gott war; auch nicht: Gott wird sein, sondern: Gott soll sein!

Wir schließen unser Referat mit dem großen Dank an den Verfasser, daß er uns mit dem unerschütterlichen Mut des eigenen Blickes durch eine Welt von Problemen so hindurchführt, daß sich uns nie die Kraft des Mitwanderns versagt, weil er beständig Rücksicht nimmt auf die Leistungsfähigkeit dieses seines Mitwanderers und aus der eigenen Entdeckerfreude immer neu den Weggenossen stärkt. Das Buch wird bedeutungsvoll sein bei dem Stande der heutigen Wissenschaftsgeschichte, die voll schwerster Probleme ist. Der Referent bedauert es, nicht, statt eines Gesamtreferates, mit dem Verfasser in eine Erörterung über bestimmte Kapitalprobleme seines Werkes eintreten zu können. Kein Buch ist überall gleich stark gepanzert; ja, es schwächt zugleich nicht selten seine Kampfkraft dadurch, daß es Varianten im mit anderen gemeinsamen Kampfplan als feindliche Aktionen bewertet. Ich sage dies, weil Sauer mit starker Ablehnung sich gegen den „Marburger Kantianismus“ stellt, ohne aber der konstruktiven Absicht seiner Begründer, noch den nicht geringen Umgestaltungen der späteren Vertreter gerecht zu werden. Aber das hindert mich nicht, dies Sauersche Werk mit größter Achtung aus der Hand zu legen und zu wünschen, daß viele Wissenschaftler es besinnen, nicht des Buches wegen, sondern ihretwegen.

Hamburg.

Prof. Dr. A. Görland.

Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre. In der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von E. Kohlrausch und E. Kaskel. Berlin (Springer) 1925. 433 S.

Nach den zahlreichen Vorarbeiten Kelsens auf diesem Gebiete war man um so mehr gespannt, wie sein System aussehen würde. An dem Grundsatz der Methodenreinheit hält er eisern fest; ja er hat die streng „juristische normative Methode“ nur noch schärfer herausgearbeitet und auf die Einzelprobleme angewendet. Er selbst charakterisiert die Eigenart seiner „durch Kants Vernunftkritik beeinflussten Methode“ im Vorwort kurz so, und man wird nach dem Studium des Buches dieser Selbstcharakterisierung (die ja in anderen Fällen oft nicht zutrifft) im ganzen zustimmen können: „Dualismus von Sein und Sollen; Ersetzung metaphysischer Postulate und Hypostasen durch transzendente Kategorien als den (lies: die) Bedingungen der Erfahrung; Umwandlung absoluter, weil qualitativer und transsystematischer Gegensätze innerhalb einer und derselben Disziplin in relative, quantitative, intrasystematische Differenzen; Aufstieg aus der subjektivistischen Sphäre des Psychologismus in den Bereich logisch-objektiver Geltung“ — das sind „die entscheidenden Richtlinien meiner rechtstheoretischen Arbeit“. Und er betont weiter, worin keiner wohl aus vollerer Überzeugung als ich ihm zustimmen kann, daß er die etwas entlegene Provinz der Rechtswissenschaft mit dem befruchtenden Zentrum aller Erkenntnis, der Philosophie, in engeren Kontakt (der bekanntlich von Stammler nicht gefunden ist) gebracht hat, wodurch die Möglichkeit gewonnen ist, den Zusammenhang der rechts- und staatswissenschaftlichen Probleme mit den großen Fragen anderer Wissenschaften aufzuzeigen, und wodurch er nur die

unvermeidliche Entwicklung innerhalb der engeren Fachdisziplin beschleunigt zu haben glaubt. Die Folge ist eine bewundernswerte innere Geschlossenheit seines Systems, die noch dadurch gesteigert wird — das ist ein weiterer Grundzug —, daß die unter dem Namen der allgemeinen Staatslehre behandelten Gegenstände aus einem einzigen Grundgedanken heraus entwickelt werden, nämlich aus dem Gedanken des Staates als einer normativen Zwangsordnung menschlichen Verhaltens; so setzt er an die Stelle äußerlich und lose verknüpfter Fragenkomplexe einen inneren und so wahrhaft systematischen Sachzusammenhang. Kelsen erkennt nun die Probleme der Geltung und der Erzeugung einer bestimmten Ordnung und sohin auch der Rechtsordnung als die entscheidenden Gesichtspunkte — es sind dies, nebenbei gesagt, die Grundfragen der Kantianer: systematische und genetische Erkenntnis — anders ausgedrückt: logisches und psychologisches a priori — eine auch bei Stammler eine Rolle spielende Unterscheidung (Gegensatz von Begriff und Geltung des Rechts), wobei überaus bezeichnend ist, daß die „Geltung“ bei Kelsen logisch und nicht genetisch, bei Stammler gerade umgekehrt genetisch und nicht logisch bestimmt wird: vielleicht schon ein Zeichen dafür, daß man mit Hilfe transzendentaler Kategorien auf logisch durchaus einwandfreie Weise zu grundverschiedenen Ergebnissen gelangen kann. Kelsens Unterscheidung führt zu dem Gegensatz von Statik und Dynamik, und dieser wird zum systematischen Leitgedanken, der manches Objekt aus dem üblichen Zusammenhang herauslöst und es in neuem Licht erscheinen läßt. In dem Buch über Statik der Staatsordnung behandelt Kelsen die Geltung der Rechtsordnung (Staatsgewalt, Souveränität), den Geltungsbereich der Staatsordnung (Staatsgebiet und Staatsvolk), die räumliche Gliederung des Staates (Zentralisation und Dezentralisation, Selbstverwaltung, Staatenverbindungen, Staatenbund und Bundesstaat). In dem anderen Buch über Dynamik der Staatsordnung werden dagegen behandelt die Erzeugungsstufen (Staatsgewalten und Funktionen des Staates), die Erzeugungsorgane (Staatsorgane), die Erzeugungsmethoden (Staatsformen). Diesen beiden in Kürze charakterisierten und an dieser Stelle nicht näher zu besprechenden Hauptteilen wird ein Buch über das „Wesen des Staates“ vorangeschickt, das ebenfalls wie die beiden anderen (beachte die von Kant und von Stammler her bekannte Vorliebe für Symmetrie!) in drei Unterteile (überall waltet die heilige Dreizahl) zerlegt wird: Staat und Gesellschaft (Staatslehre als Soziologie), Staat und Moral (Staatslehre als Politik), Staat und Recht (Staatslehre als Staatsrechtslehre).

Gegen dieses Gebäude muß ich in zwei Hauptpunkten entschiedene Einwendungen erheben: einmal gegen die Methode, gegen die Methodenreinheit, sodann gegen die Auffassung vom Wesen des Staates. Diese Einwände sind grundlegend für alle weiteren Bedenken — nicht etwa nur vom Standpunkt des Kritikers, sondern auch vom Standpunkt des Autors, der ja, wie gezeigt, sein System gerade auf diesen beiden angegriffenen Gedanken errichtet.

Kelsen lehnt aufs schärfste jegliche Seinsbetrachtung für die Rechtslehre ab und gelangt folgeweise zur Ausschaltung der Soziologie, die als eine kausalwissenschaftliche Betrachtung in die Naturwissenschaft gehöre; diese Ansicht kehrt an den verschiedensten Stellen wieder und erweist sich auch für die Behandlung von Einzelfragen als folgenswer (vgl. etwa S. 6, 7, 16, 29). Zunächst ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch das Recht, wie so viele andere Kulturerscheinungen (Religion, Kunst, Sprache), einer soziologischen Betrachtung zugänglich sein kann.

Ich stimme mit Kelsen darin überein, daß eine solche Rechtssoziologie, deren Möglichkeit er doch gewiß zugibt, nicht mehr Rechtswissenschaft ist, da letztere ihrer Natur nach normativ verfährt; aber die soziologische Betrachtung des Rechts kann doch der Rechtslehre selbst nur förderlich sein. Um einen Gegenstand voll zu erfassen, tut man gut, ihn von möglichst vielen Seiten her zu betrachten, ihn mit verschiedenen Methoden sozusagen anzubohren. Eine solche „Methodenüberkreuzung“, wie ich dieses m. E. sehr fruchtbare Verfahren genannt habe, kann der eigenen Wissenschaft nur nützen; der Strafgesetzentwurf von 1925 zeigt, daß die soziologische Betrachtung von Verbrechen und Strafe der Strafrechtslehre sehr zustatten gekommen ist. Man muß sich nur stets bewußt bleiben, daß verschiedene Methoden in Frage stehen und daß die juristische Methode eben die normative ist; das entspricht durchaus der Ansicht Kelsens. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb nicht dasselbe, das für die Strafrechtslehre gilt, auch für die Staatsrechtslehre gelten soll, um so mehr für die „Staatslehre“ schlechthweg und erst recht für die sog. Allgemeine Staatslehre. Gerade dieses Gebiet, das, wie der Name zeigt, als ein vorjuristisches gedacht ist, gewinnt außerordentlich durch die sog. Soziallehre des Staates, wie sie von G. Jellinek u. a. eingeführt ist. Der Staat ist ein hervorragend soziales Gebilde, wenn nicht gar das bedeutendste. Den Staat als Bestandteil des gesellschaftlichen Lebens zu betrachten, ist eine der dankbarsten Aufgaben der hierdurch selbst lebensvoll werdenden Staatslehre; und das Recht hat sich, um lebensvoll zu sein, aus dem sozialen Leben heraus zu entwickeln. Kelsen verkennt dies gewiß nicht, aber er trägt methodische Bedenken; und er verkennt durchaus die systematische Stellung und die Aufgabe der Soziologie: er unterscheidet lediglich kausale und Wert-Wissenschaften und rechnet in die erste Gruppe, die für ihn die Naturwissenschaften sind, die Soziologie. Auch hier stimme ich mit ihm in einem erheblichen Punkte überein: auch ich halte eine rein naturwissenschaftliche (biologische) Betrachtung des Rechts und des Staats nicht für förderlich. Die Soziologie ist aber eine Wertwissenschaft nicht anders wie die Rechtswissenschaft und unterscheidet sich von ihr nur dadurch, daß die erstere die Werte beschreibt, die letztere kritisch zu ihnen Stellung nimmt. Allerdings wurde früher und auch vielfach in Österreich die Soziologie naturwissenschaftlich (kausal) betrieben; diese Zeiten sind aber vorüber. Hat doch schon vor Jahrzehnten Rickert die Geschichtswissenschaft als eine „wertbezogene“ Wissenschaft begründet; was von der Geschichte gilt, muß erst recht von der ihr durchaus verwandten Soziologie gelten; beide gehören zu den Geistes- und Kultur-, nicht zu den Naturwissenschaften, und beide verfahren teleologisch, nicht kausal. Hätte Kelsen zu diesem auch in die Rechts- und Sozialphilosophie hineinragenden Gedankenkreise vieler in Deutschland längst anerkannter Richtungen Stellung genommen, so hätte vielleicht seine allgemeine Staatslehre ein anderes Gesicht erhalten. — Daß er unserem Gedankenkreise völlig fern steht, zeigt auch seine ausschließliche „Logik“ des Rechts und die Ablehnung oder wenigstens Zurücksetzung jeglicher Zweckbetrachtung. Logik und Methodik sind unentbehrliche Mittel der Rechtswissenschaft, jeder Wissenschaft; sie geben aber nicht Ziel und Aufgabe der Rechts- und Staatslehre an. Kelsens Hauptinteresse scheint aber gerade in methodischen Erwägungen zu bestehen; ihm kommt es auf folgerichtige Durchführung seiner Methode an. Uns will scheinen, daß die hiermit zweifellos nicht nur erstrebte, sondern auch in der Tat erreichte Geschlossenheit, Schlüssigkeit, (logische) Richtigkeit seiner Lehre teuer

erkauft ist: um die Fruchtbarkeit. Die stärkere Betonung des gerade von Kelsen propagierten Wertgedankens hätte von selbst zu den Begriffen Kultur und Gesellschaft führen müssen. Man merkt noch jetzt, daß Kelsen in seinem ersten großen Werk, den Hauptproblemen der Staatsrechtslehre, von dem Begriff des Rechtssatzes ausging; noch jetzt steht er in dem Bannkreise der damaligen Interessen.

Wird somit die Staatslehre für Kelsen zur Staatsrechtslehre, so folgt daraus weiter jene eigentümliche Auffassung vom Wesen des Staates, die schon früher von anderen und von mir angegriffen wurde (Kelsen setzt sich mit der Literatur grundsätzlich nicht in umfangreicherer Weise auseinander, was ihm natürlich nicht vorgeworfen werden kann, da jeder die Anlage des eigenen Werkes nach eigenem Geschmack bestimmen kann; im Anhang kommen vorwiegend Staatsrechtslehrer zu Wort; ob diese Anlage freilich den Bedürfnissen eines „Lehrbuches“ entspricht, ist eine Frage, über die man verschiedenes denken mag). Kelsen setzt Staat gleich Rechtsordnung. Diese seltsame Gleichung ist das notwendige Ergebnis seiner streng sozusagen bis in die Dinge, bis in die Erscheinungen durchgeführten normativen Methode. Hier mag man ihm eine Überspannung des transzendentalen Gedankens vorhalten, ja vielleicht eine Verwechslung von Vorstellung und Wirklichkeit. Denn der Staat ist doch gewiß nicht mit dem Recht identisch; das Recht ist die Norm, der Staat ist dagegen etwas, das normiert wird oder das Ergebnis jener Normierung. Das ist offenbar die natürliche Betrachtung, die aber gerade wegen ihrer Natürlichkeit von Kelsen als unjuristisch abgelehnt werden wird, wie ja die transzendente Philosophie den naiven Realismus ablehnt. Aber was würde Kelsen auf die Frage erwidern, ob denn mit dem Wechsel einer Rechtsordnung wirklich ein neuer Staat entsteht? Der Staat ist offenbar noch immer derselbe; und er bleibt auch bestehen, wenn die Ordnung nicht befolgt wird. Der Staat ist eben eine besondere Form der Gemeinschaft (Kelsen sagt hierfür seltsamerweise „Gesellschaft“); er ist eine der zahlreichen Gemeinschaften des sozialen Lebens. Und das Recht ist ein Ausdruck der Übereinstimmung der Rechtsgenossen im Ziel (Kelsen lehnt die Übereinstimmungstheorie ab, erkennt aber, daß eine genaue Übereinstimmung in allen Einzelheiten gar nicht verlangt wird; m. E. ist nur eine Wesensverwandtschaft der Wertstrebungen der beachtlichen Einzelwillen erforderlich). Der Staat ist Gemeinschaft, das Recht ist Ordnung. Der Staat ist Sein, das Recht ist Sollen. Kelsen will nun — kompliziert genug! — unterscheiden zwischen richtigem, möglichem und wirklichem Staat: der erste ist Gegenstand der Politik, der zweite Gegenstand der allgemeinen Staatslehre, der dritte Gegenstand einer konkreten besonderen Staatslehre. Hiermit begibt sich die normative Betrachtung unverkennbar in das Reich des Seins. Von einem „richtigen“ Staat, d. h. Idealstaat, kann man doch nur — unter der von Kelsen selbst geforderten Ausschaltung aller Metaphysik — im Sinne einer regulativen Idee sprechen, wie sie die Sozialphilosophie zu enthüllen vermag; Kelsen weist diese Aufgabe der — von ihm zweifellos zu weit gefaßten — Ethik zu; er will in eigenartiger Weise sogar die Politik als Ethik auffassen (S. 27). Der „mögliche“ Staat kann aber Gegenstand einer allgemeinen Staatslehre nur insofern sein, als er Vorbilder oder Abbilder im wirklichen Staatswesen findet. Bleibt also der wirkliche Staat. „Möglich“ wird ein Staat allerdings erst durch Ordnung — diese erkenntnistheoretische Erwägung darf aber nicht zu der Ansicht verleiten, daß der Staat gleich seiner erkenntnistheoretischen Voraussetzung ist. Kelsens erkenntnistheoretisches

Interesse tritt übrigens in einigen eigenartigen Parallelen zwischen Staatsrecht und Erkenntnistheorie zutage (vgl. etwa S. 37). — Wird somit die allgemeine Staatslehre zur allgemeinen Rechtslehre, so nimmt es nicht wunder, daß in ihr allgemeine Grundbegriffe des Rechts Erörterung finden; und die Erkenntnistheorie führt zu einer originellen Identitätslehre: Kelsen hebt die üblichen Unterscheidungen des öffentlichen von dem privaten, des objektiven von dem subjektiven Recht, der Rechtsnorm von dem Rechtssubjekt, der Rechtserzeugung von der Rechtsanwendung auf, um sie nur als inhaltliche Differenzen innerhalb des in seiner Einheit unberührbaren Systems gelten zu lassen. So wird Geschlossenheit des Systems erreicht!

Diese Angriffe wollen den Wert des bedeutenden Werkes keineswegs schmälern; wir mußten sie geltend machen, um den Wert in voller Ehrlichkeit anerkennen zu können.

Königsberg.

W. Sauer.

Herbert Kraus, Gedanken über Staatsethos im internationalen Verkehr. 1926.

Daß die zutage tretenden Vorstellungen über Staatsethos vielspältig und zerrissen sind, läßt sich leicht gewahren. Kraus will den Begriff herausarbeiten, um darauf die Idee zu gründen, die er mit Theodor Niemeyer, dem das Buch gewidmet ist, teilt: nämlich Völkerrechtspolitik als Wissenschaft zu treiben. Ihm liegt ebenso, wie Niemeyer und allen prinzipiellen Vorkämpfern des dauernden Weltfriedens, an der Anwendung des Rechtsgedankens auf die internationalen Beziehungen. So behandelt das Werk die großen Probleme, die sich auf das Thema der Verhältnisse von Politik und Moral beziehen, also auf die Fragen 1. ob der Staat überhaupt unter dem Sittengesetz stehen könne, 2. ob es eine besondere Moral für Staaten geben könne.

Der Verfasser will seine Betrachtung auf die in unserer Zeit gegenwärtigen Vorstellungen und Auffassungen über die Existenz und den Inhalt sittlicher Pflichten des Staates einschränken. Den Inbegriff solcher Vorstellungen und Auffassungen, sofern der moderne Staat selbst ihr Träger sei, will Kraus das Staatsethos im eigentlichen Sinne nennen. Sofern dies einen von dem bürgerlichen Ethos abweichenden besonderen Sinn habe, soll es spezifisches Staatsethos heißen. Unterschieden wird noch Eigenethos und Fremdethos, ursprüngliches und abgeleitetes Ethos. Der Verfasser denkt sich die Internationalethik neben dem Völkerrecht und anderen Disziplinen, die sich auf die Verhältnisse zwischen den Staaten beziehen, als Teile einer „Internationallehre“. Diese Begriffe sind durchaus klar.

Das Buch ist reichhaltig und bewegt sich in knappen Formen, so daß nur, wer sich gründlich damit beschäftigt, seinen Inhalt in sich wird aufnehmen können. Es geht aus von Erörterungen über die Herrschaft ethischer Vorstellungen in bezug auf den internationalen Verkehr, die in der Staatsraison enthalten sein können und die Beobachtung zu wecken Gelegenheit geben, je mehr das sittliche Pathos in außenpolitischen Dingen sich steigere, desto kleiner werde oft die Wahrscheinlichkeit, daß dies Pathos wirklich der Ausdruck sittlicher Überzeugungen sei (37). Es wird darauf hingewiesen, daß einerseits, was auf Gewalt beruht, mit sittlich klingenden Namen belegt wird, andererseits der Gebrauch der Macht, ihre Erhaltung und Steigerung, selber für sittlich erklärt wird, und daß daraus vielfache sprachliche Verwirrung entspringt. Wirkliche ethische Vorstellungen finden sich

naturgemäß vorzugsweise in Verbindung mit dem Völkerrecht. Namentlich hat hier das Naturrecht, „und zwar ein stark ethisierendes“, sein neuerdings sogar erweitertes Gebiet, ja dies völkerrechtliche Naturrecht habe durch Art. 38 des Statuts für den Völkerbundgerichtshof eine partielle Legalisierung erfahren; die Lehren völkerrechtlicher Autoren sind hier sogar zu subsidiären Unterscheidungsnormen erklärt worden. Es lebt in der Vorstellung internationaler Gerichte der Gedanke, daß es neben Vertrag und Gewohnheit noch eine dritte Völkerrechtsquelle gebe: die Gerechtigkeit (Verdross). Auch andere ethische Vorstellungen spielen in der Auslegungspraxis und vollends in der Völkerrechtspolitik ihre Rolle. Die Verbesserung der internationalen Moral und die verkündete Aufgabe des Völkerbundes, vermöge moralischer Sanktionen sich durchzusetzen, zeigen, daß diese Bestrebungen anfangen, als Aufgaben rechtlich verfaßter internationaler Organisationen zu erscheinen. Auch in die Staatsraison gehen ethische Vorstellungen ein, sofern Mischgebilde aus rechtlichen, sittlichen, konventionellen Impulsen als außerpolitische Prinzipien wirksam werden. In Kapitel III kommt die Tatsache zur Geltung, daß es bei den Staatselementen, also innerhalb der Diplomatie und unter führenden Staatsmännern weitgehende Dissonanzen in den Auffassungen über das dem Staate sittlich Obliegende gebe; ferner daß Moralität und Ethos bei sozialpsychologischen Kollektiveinheiten beträchtlich tiefer stehen als Moralität und Ethos des Individuums, ja auch einer Berufsklasse. Der Zusammenhang ist nicht klar, wie hieran (S. 57) die emotionale Diszipliniertheit in der Diplomatie, die Kälte des staatsmännischen Denkens und der bewußte Staatsegoismus angeknüpft wird. Die Nüchternheit der Diktion entspreche der Schwäche staatsethischer Vorstellungen im beruflichen Denken und Handeln der Diplomaten, während Presse, Publikum und Parlament eine ausgesprochene Neigung zeigen, alles öffentliche Geschehen sittlich zu werten. Es gibt aber auch Modeschwankungen zwischen utilitaristischen Färbungen und ethischem Pathos: nach außen hin, also bei größerer Öffentlichkeit, drängt das Pathos sich vor. Die Phraseologie ist aber nicht notwendig ohne sittlichen Vorstellungshintergrund. Schnell wandelbar ist (IV) das Staatsethos auf Grund neuer Interessen und gemachter Erfahrungen: Belege gibt der Weltkrieg und was nach ihm sich beobachten ließ, z. B. in den Ansichten über das sittliche Recht der U-Boot-Waffe und der Hungerblockade. — Auch in sich selbst ist (V) beim einzelnen Staate das Staatsethos uneinheitlich. Je nachdem welche Interessen auf dem Spiele stehen, ändert es seinen Inhalt. Staatsehre und Staatswürde zusammen mit dem Daseinsanspruch gelten als absolute sittliche Werte, freilich gemäß der überall sich geltend machenden staatlichen Selbstgerechtigkeit, ohne daß etwa ein Zweifel am Rechte der Eroberung daraus hervorginge. Allerdings wird auch prinzipiell der unbedingte Daseinsanspruch der Staaten bestritten: das Selbstbestimmungsrecht der Nationen tritt dazwischen. Anderen internationalen Lebensgütern wird nur ein relativer Wert zugeschrieben. „Kein absolut sittlicher Wert ist nach der von mir vertretenen Grundauffassung die staatliche Macht.“ Es wirkt etwas störend, daß der Verfasser hier seine Auffassung in die sonst bewundernswert objektive Darstellung hineinspielen läßt. Für die großen Machtstaaten ist doch wohl ihre Macht ein absoluter sittlicher Wert; der Verfasser meint, dies werde nie bedingungslos und offen ausgesprochen. Wie mir scheint, ist der Schleier, den etwa englische Staatsmänner über die unbedingte Geltung der britischen

Machtinteressen zu breiten pflegen, ein sehr dünnes Gewebe: wenn sie z. B. mit Vorliebe das Wort Verantwortlichkeiten (*responsibilities*) gebrauchen. In richtiger Folge schließt hier (VI) „Staatsegoismus und Staatsaltruismus“ sich an. Die Wirklichkeit eines Staatsaltruismus wird nicht schlechthin geleugnet; es kommen aber — meint Kraus — dergleichen Vorstellungen im allgemeinen höchstens als retardierende Momente zur Geltung. Dennoch sei das staatsegoistische Wünschen und Wollen jedes Staates in irgend einer Richtung begrenzt. Die Erörterung wird hier angeknüpft, daß der Gebrauch gewisser Kriegsmittel unter allen Umständen staatsethisch als unsittlich gelte. Auch im Frieden gebe es solche verbotenen Mittel, dazu gehöre im wesentlichen auch die Staatslüge. Der Verfasser scheint hier an einen ethischen Fortschritt im Staatenverkehr zu glauben. Er nennt das Geiselnwesen, die Gesamthaftung und andere Mittel des Krieges als internationale Institute, die zwar von der Staatenpraxis geübt, aber staatsethisch nicht mehr unbedingt gebilligt werden (auch nicht von dem Staate, der von ihnen Gebrauch macht, und von seinen Bundesgenossen??). Auch die Staatsverleumdung gehöre unter die langsam suspekt werdenden Mittel (offenbar ist gemeint: den unbeteiligten Zuschauern). Im allgemeinen stehe das staatsegoistische Tun unter der Voraussetzung der Notwendigkeit. „Notwendigkeit heißt dabei allerdings gemeinhin nur etwa soviel wie starke Intensität des Interesses und besondere Eignung des zu seiner Befriedigung gewählten Mittels.“ Auf dem Prinzip des äquivalenten Interessenausgleichs (*do ut des*), das oft sehr kurzfristig und kurzfristig angewandt werde, sei der internationale Verkehr als auf einem seiner großen Grundpfeiler aufgebaut — wahrhaft begrenzt aber (so will offenbar der Gedanke fortschreiten) wird der Staatsegoismus, wie jeder Egoismus, durch das wohlverstandene Interesse am Zusammenwirken, an der Verbindung, am Gesamtinteresse, im Vorhandensein internationaler Freizonen. Die „Wellenlänge des Internationalismus“ dürfe und sollte für einen Staat oft bedeutend länger sein, „als Mißtrauen, Furcht, Konventionalität oder Mangel an Phantasie es heute noch oft annehmen und wahr haben wollen“. Als VII schließt die Unterscheidung von nationalistischem, internationalistischem und universalistischem Staatsethos sich an. Nationalismus: sich absperrn oder gar gegeneinander sein. Internationalismus: Grundsatz des Für-und-miteinander-Seins der Staaten. Universalismus: der Gedanke, Glied, Mittel und Diener der Menschheit zu sein — begriffsnotwendig staatsaltruistisch. Ferner wird das Staatsethos der verschiedenen Staaten in ihrem gegenseitigen Verhältnis betrachtet (VIII). Verschiedenheit des Ehrbegriffes, Verschiedenheiten des Denkens über die sittliche Zulässigkeit von Kriegsmitteln und dergleichen, je nach Interessen, nach Zusammensetzung der staatlichen Elemente und ihrer Verfassungen, nach geopolitischen Bedingungen usw., es gibt aber auch Einigendes, einen Gleichklang des Ethos, die internationale Erscheinung des „Staatenethos“, d. i. (IX) Inbegriff der einer dauernden Internationalgemeinschaft eigenen Vorstellungen und Auffassungen von den sittlichen Pflichten oder Rechten ihrer Mitglieder gegeneinander, gegen die Gemeinschaft selbst und gegen Außenstehende. Es erwachse aus dem Ethos der beteiligten Staaten als eine Funktion ihrer Gemeinschaft: die sittliche Idee des genossenschaftlich Miteinander-verbunden-Seins — Postulat des Mutualismus, Solidarismus, der Reziprozität, aber vor allem der Kooperation. Zögernd und langsam wachse die Vorstellung, es sei eine sittliche Pflicht aller Mitglieder der Völkerrechtsgemein-

schaft, einem vergewaltigten Genossen gegen unsittliche Angriffe beizustehen. (Ist diese Vorstellung echt, wo sie sich geltend macht?) Das Staatsethos enthält die Vorstellung selbstgesetzter, das Staatenethos aber die fremdgesetzter Pflichten in sich (bedeutet also wohl eine Summe der Vorstellungen, die früher S. 30 als Fremdethos bezeichnet wurden?). Es sei (X) Teilerscheinung dessen, was man wohl öffentliche Meinung der Welt nennt und als Funktion des „Weltgewissens“ begreifen will. Es hat sein, wenn auch noch so beschränktes Gebiet, zumeist in Form des Mitleides und der Humanität. Soweit es wirksam wird, will es gleich dem Staatenethos das Staatsethos inhaltlich bestimmen oder wenigstens das tatsächliche Verhalten einschränken. Hier ist auch das Gebiet der ihrem Wesen nach universalistischen Lehren des Christentums und ihres Einflusses auf das Völkerrecht; sie wirken sowohl trennend als verbindend, hemmend wie fördernd. (In den Beispielen, die gegeben werden als Antisklavereibewegung, Kampf gegen Mädchenhandel, Regelung des Arbeitsrechts, handelt es sich um private als Öffentliche Meinung auftretende Gedanken, die auf die Staaten, d. h. auf ihre Gesetzgeber, in einigem Maße nützlich wirken, wie immer sie selber über die Sachen, also über die Notwendigkeit entsprechender Reformakte denken mögen; der Zusammenhang mit dem Staatsethos scheint mir hier ein recht loser zu sein.) Die Überschrift „Das doppelte Register“ (XI) weist darauf hin, daß die beiden Prinzipien: äquivalenter Interessenausgleich und Interessensolidarität, sowohl das Staatsethos als das bürgerliche Ethos unserer Zeit beherrschen. Dort wie hier gilt ein Konglomerat von bürgerlich-ethischen Pflichtvorstellungen und ethisierten politischen Klugheitsregeln. Im Schlußkapitel (XII) glaubt der Verfasser, der hier auch wieder als Redner auftritt (aus einem Vortrag in der Königsberger Gelehrten Gesellschaft ist das Buch hervorgegangen), mit einigen Einschränkungen, die auf allzu nahen Erfahrungen beruhen, das Urteil Striesowers unterschreiben zu dürfen, daß die Politik von heute sittlicher sei als ehemals. Die Tendenz der Vertiefung und Erweiterung des Rechtsgedankens über die Welt, auch gegenüber der Politik, sei heute mit großer Sicherheit feststellbar, wenn sie auch zum Teil nur sehr langsam sich entfalte und manchen Rückschlägen ausgesetzt sei.

Ich heiße die Schrift als interessante Darstellung eines wichtigen Gegenstandes willkommen, auch weil sie vorzugsweise der objektiven Ansicht beflissen ist. Es wurde freilich angedeutet, daß der Verfasser seinem Vorhaben nicht immer streng getreu bleibt, Wirklichkeiten objektiv zu schildern. Das sind freilich Wirklichkeiten der Vorstellungswelt, also schwer faßbare. Er weiß sehr wohl, daß es zunächst nur ethische Reden sind, die von Vertretern der Staatsinteressen geführt werden. Er weiß, daß es oft sehr fragwürdig ist, ob und wiefern es richtig sein mag, daraus auf wirkliche Gedanken, also auf die „staatlichen“ Vorstellungen und Auffassungen von den dem Staate obliegenden sittlichen Pflichten und Rechten zu schließen. Er weiß, daß der Staatsegoismus vorherrscht: dieser wird naturgemäß so viele Rechte als möglich in Anspruch nehmen, so wenig Pflichten als möglich so anerkennen, daß er sie auch dann zu erfüllen bereit ist, wenn sie den Interessen widersprechen, die in seinem Gesichtsfelde liegen. Was bleibt dann an wirksamen ethischen Gefühlen und Gedanken? Das ist eigentlich das Problem. Daß B, C, D, E, usw. ein sittliches Handeln von A. verlangen, weil es mehr zugunsten ihres Nutzens ist, daß sie bei A. das unsittlich nennen, was ihnen nicht gefällt und was von ihnen

selber geübt, ihnen als mindestens entschuldbar, vielleicht sogar als höchst ethisch erscheint, und jedenfalls anders genannt wird, ist eine alte und immer neue Betrachtung; die Eigenliebe und ihre Naivität reflektieren sich darin.

Der Staatsegoismus ist nicht wesentlich verschieden von dem Egoismus jedes großen Geschäftes und Betriebes als einer zusammengeballten Masse von Bestrebungen und von Macht der in ihnen wirkenden Menschen. Wenn der einzelne Geschäftsmann schon seine Gefühle eher schweigen läßt, wo er das Interesse seiner Sache, seines Geschäftes verfehlt, als wenn es sich um eine rein persönliche Angelegenheit handelt, so wird er sogar im normalen Falle die Gefühllosigkeit für seine Pflicht halten, wo es ihm obliegt, für einen größeren Komplex von Interessen zu kämpfen, die nicht nur die seinen (oder überhaupt nicht unmittelbar die seinen) sind; und ein solcher Geschäftsmann ist in höchster Potenz der Staatsmann. Er muß für seine Pflicht halten, den Staat als reines Kürwillens-Subjekt zu denken und im Namen des Staates auf entsprechende Art zu handeln, also keine Gefühlspolitik zu treiben. Er kann gleichwohl eine moralische Politik treiben, wenn er überzeugt ist, daß diese im Interesse seines Staates liegt, er wird in der Regel für nützlich halten, auf vorhandene herrschende geschätzte Gefühle und Ansichten Rücksicht zu nehmen, wenn und solange es mit den Interessen seines Staates verträglich scheint, und jedenfalls, wenn er meint, daß es diesen zugute kommen werde. Man wird dies oft als Heuchelei erkennen und brandmarken, aber man darf nicht verkennen, was Kant so trefflich gesagt hat, wenn er die Heuchelei eine Verbeugung nennt, die das Laster vor der Tugend mache — wenn die Tugend leben will, so darf sie solche Huldigung sich wohl gefallen lassen, sie kann daraus wirkliche Förderung gewinnen. Wenn es zum Kredit gehört und diesen erhöht, daß ein Staat wenigstens von Zeit zu Zeit einmal wirklich nach sittlichen Motiven zu handeln scheine, so muß ihm auch daran gelegen sein, diesen Schein aufrecht zu erhalten, und die beste Sicherung des Scheines ist die Wirklichkeit. Hieraus dürfte, was die vorliegende Schrift als das Walten wirklicher ethischer Vorstellungen in Anspruch nimmt, abzuleiten sein.

Es gibt aber bedeutende Unterschiede zwischen dem Handeln des Staatsmannes und demjenigen anderer, gewöhnlicher Geschäftsleute. Der Geschäftsmann anderer Art hat immer das Strafgesetzbuch und das Gericht über sich: er muß mit der Gefahr rechnen, daß seine Handlungsweise strafbare Handlung wird, und wenn sie es ist, auch als solche bekannt und erkannt wird. Der Staatsmann hat kein Strafgesetzbuch über sich. Ein Gericht ist trotzdem möglich — durch das Völkerrecht —, wenn auch ohne Vollziehungsgewalt. Jedenfalls aber wird er gleich jenem anderen oft vor dem Forum der Öffentlichen Meinung sich verantworten müssen und unter Umständen Grund haben, dessen Urteil zu fürchten, also durch solche Furcht sich bestimmen zu lassen. Kraus meint, nirgends sei der Einfluß der Öffentlichen Meinung geringer, als in der auswärtigen Politik (145); er fügt hinzu „und der nationalen Parlamente“, scheint also hier die Öffentliche Meinung des eigenen Landes im Auge zu haben. Was aber in Frage steht, ist die Öffentliche Meinung in den anderen, insbesondere, bei Kriegen und anderen Konflikten, in den neutralen Staaten: deren Mißbilligung ist ja die bedeutendste Sanktion des Völkerrechts; und das Völkerrecht will ja immer auch das Sittengesetz vertreten. Es kann aber auch der Staatsmann, wie der Geschäftsmann, wie jeder egoistische

Mensch, gehemmt werden durch seine eigenen Gefühle und seine Begriffe von dem, was sittlich zulässig, was ehrenhaft, ja rühmlich, und was abscheulich sei: tatsächlich haben diese Hemmungen ein weites Bereich. Hier aber ist der psychologisch wahrscheinliche, ja in einigem Maße notwendige Progreß des zielbewußten Denkens, daß diese inneren Widerstände mehr und mehr überwunden, daß die Bedenken, Skrupel, Rücksichten um so eher über Bord geworfen werden, je größere Interessen auf dem Spiele stehen, je gewagter die Fahrt wird, je mehr daher rücksichtslose Kühnheit notwendig scheint. Tatsächlich beobachten wir dies im Staatsleben, im Geschäftsleben, im täglichen Leben, je mehr die reine Gesellschaft und der entsprechende individualistische Kürwille sich entwickelt. Wenn wirklich eine Besserung, ein ethischer Fortschritt im Staatenverkehr beobachtet wird, so ist es wahrscheinlicher, daß die Ursachen anderswo liegen, als in der zunehmenden Gewissenhaftigkeit der Staatsmänner, und zwar am wahrscheinlichsten in der zunehmenden Furcht vor der Weltmeinung, die ich freilich Anstand nehme, mit einem etwaigen Weltgewissen gleichzusetzen: in jedem Kreise ist es leicht, sich tugendhaft zu Tisch zu setzen, wenn sich das Laster erbricht, und tapfer zu schmälen über die Fehltritte anderer ist stets ein angenehmes In-den-Spiegel-Schauen für den gewesen, der nicht in der Versuchung war, die gleiche Schuld auf sich zu laden. Gleichwohl kann dieses allgemein menschliche Pharisäertum als eine gefährliche Macht und Hemmung sich darstellen für den, der sonst sich berechtigt, ja sogar sich für verpflichtet hält, sein Interesse, vollends das seines Staates, oder gar seines Vaterlandes rücksichtslos zu verfolgen, wie es im Kriege ganz besonders notwendig ist und im Grunde auch von aller Welt für notwendig gehalten wird: nur das neue, das ungewohnte, zumal aber das sonst für moralisch unmöglich gehaltene und tatsächlich selten oder gar nicht geübte ruft Entsetzen und sittliche Entrüstung hervor: außerdem daß immer die eigenen Untaten oder Anstoß gebenden Taten verkleinert, verhehlt und verschwiegen, die des Gegners vergrößert und vergrößert ausgeschrien, auch Taten, die anerkannten Normen gemäß sind, zu Untaten gestempelt werden.

Wenn es tatsächlich in einigen Beziehungen besser geworden sein mag im Verkehre der Staaten, so wage ich doch zu behaupten, daß es in den meisten Beziehungen bedeutend schlechter geworden ist — zum Teil einfach infolge der fortschreitenden Fürchterlichkeit der Kriege, die ihrerseits eine Wirkung der vervollkommenen Kriegstechnik und Kriegsmittel ist — zum anderen Teil aus dem besagten Grunde, daß die Kunst, allen möglichen Gefahren vorausschauend zu begegnen und der Wille, „aufs Ganze zu gehen“, also auch den Weg „über Leichen“ nicht zu scheuen, reiner und schärfer zutage tritt, und je mehr er sich ausbildet, um so sicherer fallen alle Skrupel zu Boden; auch die Meinung der Leute und die Weltmeinung erwartet er durch den Erfolg zu überwinden, ja für sich zu gewinnen.

Ich erinnere nur an die Tatsache, daß im Jahre 1870 noch die Ausweisung der Deutschen aus Paris, die erst erfolgte, nachdem der Krieg schon mehrere Wochen gedauert und bekanntlich für die Franzosen ungünstig sich entwickelt hatte, allgemeinen Unwillen erregte: ich erinnere mich persönlich des Eindrucks, den die als unerhört empfundene Tatsache gemacht hat. Man vergleiche damit die jetzt offenbar ein notwendiges Zubehör der Kriegführung gewordene Praxis der Stacheldrähte für Zivilisten! Kraus tut gelegentlich dieser Neuerungen Erwähnung, gibt aber in der Anlage II einen von Wolgast übersetzten Aus-

zug aus dem völkerrechtlichen Lehrbuch des Norwegers Gjelsvik, wo die Meinung ausgesprochen wird, in Südafrika habe das zur europäischen Völkerfamilie gehörige Burenvolk eine Behandlung erfahren, die nicht leicht denkbar wäre, wenn das Volk in Europa gewohnt hätte. Dies bezieht sich offenbar darauf, daß in jenen „Konzentrationslagern“ auch Frauen und Kinder mit christlicher Liebe umfaßt wurden und — „starben wie die Fliegen“. Wer den nächsten europäischen Krieg erlebt, wird sich davon überzeugen, ob so etwas in Europa wirklich undenkbar ist. Ich will hier auf die anderen unleugbaren Verschlechterungen der Verkehrssitte zwischen den Staaten nicht eingehen, unterdrücke aber die Bemerkung nicht, daß so etwas wie der Ruheinbruch, nachdem vier Jahre früher der Friede geschlossen war, wohl kaum einen Präzedenzfall für sich anführen kann. Auch ist der Friede von Versailles ein Unikum und Novissimum in Behandlung der am Boden liegenden Gegner. Jede Spur von Ritterlichkeit war daraus verschwunden. Die Mißhandlungen mußten um so empörender wirken, da sie in das lügenhafte Gewand eines Strafprozesses gekleidet wurden: von der tiefen Unwahrhaftigkeit des Wilsonschen Denkens ist das ganze Verfahren durchzogen, die sich vermaß, den Begriff der Entschädigung der bürgerlichen Rechtslehre zu entlehnen und zugleich als eine Folgerung internationaler Ethik zu konstruieren, während nach dem geltenden Völkerrecht es sich einfach darum handelte, daß der Besiegte den Schaden zu tragen hatte*). Das war roh und ehrlich. Die Neuerungen sind raffiniert und verlogen — ein glänzendes und durchaus charakteristisches Beispiel für den „Fortschritt“ der Gesittung!

Die ungeheure Unehrllichkeit, die schon dem 19. Jahrhundert den Beinamen des Jahrhunderts der Heuchelei verschafft hat, ist im 20. durch diese und andere Begebenheiten noch vergrößert worden. So etwas wie eine Einkehr oder Umkehr in dieser Hinsicht kann ich nur erwarten von einer Steigerung des wissenschaftlichen Denkens und Bewußtseins, das bekanntlich in England und den Vereinigten Staaten noch von einer Hülle sogenannter Religiosität bedeckt wird. So scheint mir auch — und ich glaube damit dem tiefsten Sinne der vorliegenden Gedanken über Staatsethos zu begegnen — das einzige Heilmittel gegen das Überwuchern des Staatsegoismus, wie der ihn beseelenden nationalistischen Gefühle, der Egoismus selber zu sein: die Erkenntnis, daß der Krieg heute, und vollends in Zukunft, auch dem Sieger ein schlechtes Geschäft bedeutet (die „falsche Rechnung“), daß insbesondere in Europa er ferner nur der fortschreitenden Zerrüttung und dem allgemeinen Verderben dienen kann; daß man also auf allen Seiten bereit sein muß, im eigenen Interesse große Opfer zu bringen, um ihm vorzubeugen; daß es sich hier um die wirklichen vitalen Interessen handelt, die bisher noch immer die Kriege rechtfertigen mußten. Niemals wird man einem Staate verbieten und verhindern können, daß er gegen Angriff und Einbruch sich wehre; und solange als der Naturzustand zwischen den Staaten fort dauert, wird auch die Zurüstung zum Kriege nicht aufhören, selbst wenn die Absicht, dadurch dem Frieden zu dienen, ganz ehrlich gemeint ist. Die Zurüstung zum Kriege aber ist Vorbereitung des Krieges. Die Scheu vor dem Krieg ist, zumal als begründete Furcht, naturgemäß je nach dem ge-

*) Kraus selber hat dies leidenschaftslos und vortrefflich charakterisiert in „Germany in transition. Lectures on the Harris foundation, 1924“ S 37 ff.

samten Zustande eines Volkes, je nachdem es mehr ländlich oder mehr städtisch ist, je nachdem der Kriegsschauplatz innerhalb der eigenen Grenzen mehr oder weniger wahrscheinlich ist, je nachdem die inneren Zwiespälte eine Ablenkung nach außen hin weniger unerwünscht erscheinen lassen, je nachdem endlich gewisse Industrien und das Kapital überhaupt durch Krieg zu gewinnen hoffen, sehr verschieden. Die große Menge des Volkes hat — zumal unter heutigen Lebensbedingungen — unbedingt und immer mehr zu befürchten als zu erhoffen von seinem Verlaufe und seinem Ausgange. Darum steigen heute die Chancen des Weltfriedens, je mehr die große Menge in die Lage kommt, ihren Willen zur Geltung zu bringen und ihrer internationalen Solidarität sich bewußt sind. Das europäische Proletariat in allen Ländern kann mit Recht die gewaltige Anklage gegen seine Regierungen und gegen seine herrschenden Klassen darüber erheben, daß sie sämtlich — wenn auch z. B. die deutsche bemüht gewesen ist, und zwar lange mit Erfolg, den Frieden zu erhalten — doch nicht hinlänglich und mit gehöriger Einsicht tätig gewesen sind, um dem Weltkriege vorzubeugen: Opfer an ihrem Machtinteresse für die Erhaltung des Friedens zu bringen. Die Erkenntnis, daß ein neuer Weltkrieg den Tod Europas bedeutet, beginnt sich auszubreiten und zu vertiefen, je mehr die demokratische Entwicklung fortschreitet. Sie wollte in der Begründung eines Völkerbundes nach der Idee Kants einen Ausdruck gewinnen. Dies Vorhaben muß als gescheitert betrachtet werden. Die nächste Aufgabe des Völkerbundes wäre gewesen, den Kriminalprozeß von Versailles, der einen Triumph des von Kraus sogenannten Staatenethos bedeuten wollte, zu kassieren und durch einen wirklichen Friedensvertrag zu ersetzen. Dabei hätten das Deutsche Reich, Österreich, Ungarn, Bulgarien und die Türkei in der Erkenntnis mitzuwirken gehabt, daß sie allerdings als Unterlegene verpflichtet waren, an der gemeinsamen Aufgabe der Wiederherstellung Europas mit schweren Opfern und Entsagungen mitzuarbeiten, daß es aber im allgemeinen Interesse, insbesondere aber auch in dem der siegreichen Staaten des Festlandes war, einander gegenseitig zu helfen, also miteinander am Wiederaufbau zu arbeiten. Daß dabei auch das Staatsethos jedes beteiligten Staates — wenn man darunter etwas verstehen darf, was nach Analogie des guten Gewissens in der Seele des Einzelmenschen zu deuten wäre — und nicht minder ein echtes „Staatenethos“ gewonnen hätte, wäre nicht schwer zu begründen; wenn auch dies sogenannte Völkergewissen von seinem sittlichen Denken nichts weiter verlangen wollte, als das Handeln gemäß dem nüchternen Verständnis des eigenen wahren Wohles und der Tatsache, daß der Schade des Nachbarn in der Regel und auf die Dauer auch der eigene Schade ist. Daß hiermit auch der Grundgedanke des vielgeschmähten rationalistischen Naturrechts und also des natürlichen Völkerrechtes ausgesprochen ist, dürfte ihm mehr zur Empfehlung dienen, als es seinen Wert herabzusetzen Vorwand gibt.

Wenn ich hier einiges zur Kritik des kleinen Werkes habe beibringen wollen, so möchte ich damit keineswegs einem Zweifel an seinem Werte Ausdruck geben, der mir vielmehr durchaus festzustehen scheint. Man muß, um es richtig zu verstehen, fortwährend sich erinnern, daß das vielbehandelte Problem des Verhältnisses von Politik und Moral hier eine neue Zubereitung erfahren soll, nämlich die einer empirisch induktiven Untersuchung. Hier hat nun der Verfasser ohne Zweifel Recht, daß in den Lebensäußerungen der heutigen Staaten die Erkenntnis und Anerkenntnis der Geltung sittlicher Grundsätze und

Regeln wirklich zutage tritt, daß dies aber zum größten Teile bloße Phrase ist. Es bleibt jedoch immerhin ein kleiner Rest echter ethischer Vorstellungen in bezug auf den internationalen Verkehr. Dazu gehört natürlich in erster Linie die Rücksicht auf das Völkerrecht, also insbesondere auf den Grundsatz, daß Verträge gehalten werden müssen, wozu freilich jeder selbstbewußte Staat den Vorbehalt macht: soweit nicht ein überragendes Interesse dagegen ist. Kraus will zwar keineswegs das Völkerrecht für einen bloßen Zweig der Moral erklären, er bemerkt aber richtig, daß die Vermischung von Rechts- und Moralvorstellungen sich nirgends hartnäckiger gehalten habe, als im Bereiche des Völkerrechts, das seinem Ursprunge damit treu bleibe, und dies führt ihn auf die naturrechtlichen Vorstellungen im völkerrechtlichen Denken unserer Gegenwart (S. 42, 43). Demgegenüber möchte ich behaupten, daß gerade die wirksamsten Vertreter des rationalen Naturrechts — ich nenne nur die jüngsten deutschen: Kant, Fichte, Feuerbach — mit aller Energie auf die strenge Scheidung und Unterscheidung von Recht und Moral bedacht waren; und man wird ihren Sinn richtig deuten, wenn man ihn allgemein dahin auslegt, daß das Recht ein Gebiet der egoistischen Vernunft, die Moral das des altruistischen Gefühles sei. Der Scheidung entspricht die ganze neuzeitliche geistige Entwicklung, indem sie immer weniger Normen durch altruistisches Gefühl, immer mehr durch egoistische Vernunft bedingt und getragen sein läßt. Sie will das Recht von der Moral lösen und es über diese erheben. Aber die Gerechtigkeit? Verbindet sie nicht Recht und Moral? Sie ist durchaus ein ethischer Begriff, kann sogar als der höchste ethische Begriff aufgefaßt werden. Und doch scheint sie gerade im Rechte sich zu verwirklichen. Nein: die ausgebildete *Ratio Juris* verzichtet darauf, Gerechtigkeit im ethischen Sinne zu verwirklichen, sie will nur dem gemeinsamen, durchaus materiellen Interesse der Menschen, insbesondere der Eigentümer, dienen und die Regeln gestalten, die den friedlichen Verkehr beherrschen sollen. Gewiß ist der friedliche Verkehr auch ein ethisches Bedürfnis. Er geht aber das Recht nur an als die Sphäre der kollektiven egoistischen Vernunft. Überhaupt kann auch das Sittliche Gegenstand des egoistischen Denkens, also der vernünftigen Übereinkunft und Gesetzgebung werden. Sollte das wirklich nicht auch auf das Völkerrecht sich erstrecken? Da doch die Staaten notorisch die ausgesprochensten bewußtesten Egoisten sind, die sogar ihren Egoismus heilig sprechen, und die gerade im Interesse ihres Egoismus die höchsten sittlichen Forderungen an ihre Untertanen oder Staatsbürger stellen? Dürfte nicht die Folgerung gerechtfertigt sein, daß es bei diesem „ethisierenden Naturrecht“ zum großen Teil um blanke Phraseologie, zum kleineren um gedankliche Unklarheiten und um selbstgefällige Sentimentalitäten sich handelt? Mich führen diese Erwägungen immer wieder auf die Erkenntnis zurück, daß nicht allein das wohlverstandene Selbstinteresse die einzige zuverlässige Gewähr für die Geltung und Verbesserung des Völkerrechts darstellt, sondern daß in Wirklichkeit auch es der alleinige wahre Grund dessen ist, was am Völkerrecht echt und dauerhaft ist; und daß es nur der noch allzu unvollkommenen Einsicht, oder sogar der grundsätzlichen Ablehnung dieser Einsicht, vollends ihrer Konsequenzen zuzuschreiben ist, wenn das Völkerrecht keine größeren Fortschritte und sogar recht bedeutende Rückschritte gemacht hat, wenn es insbesondere seinen eigentlichen Zweck, den Friedenszustand dauernd zu machen, also wirklich das Recht an die Stelle der Gewalt treten zu lassen, auch niemals zu erfüllen

vermocht hat. Es ist mehr eine Sache des Gefühles und des Glaubens, als der wissenschaftlichen Erkenntnis, ob man einen endlichen Sieg des Völkerrechtsgedankens, also des ewigen Friedens für überwiegend wahrscheinlich hält. Der Glaube war auch vor dem Weltkrieg weit verbreitet und tief begründet. Der Glaube kann Berge versetzen. Dem Weltkrieg vorbeugen konnte er nicht.

Wenn ich nicht irre, so hätten vielleicht Überlegungen wie die hier mitgeteilten in die Gedanken über Staatsethos hineingehört. Betrachtungen von ähnlichem Charakter wird man hie und da besonders in Zitaten anklingend finden *), aber die vorwaltende Ansicht scheint mir zu sehr von einem Idealismus getragen zu werden, der das Erfreuliche und Erwünschte nicht strenge genug von dem Wahrscheinlichen, ja dem Tatsächlichen unterscheiden will.

Kiel.

Ferdinand Tönnies.

Schrifttum zum 70. Geburtstag von Hofrat Prof. Dr. Gustav Hanausek.

1. Ansprache bei der 70. Geburtstagsfeier des Herrn Hofrates Professor Dr. Gustav Hanausek in der Aula der Universität Graz am 10. Oktober 1925, gehalten von Geheimrat Professor Dr. Leopold Wenger, derzeit Rektor der Universität München. Verlag Ulrich Mosers Buchhandlung (J. Meyerhoff), Graz. Kleinoktav. 20 S.

2. Erlebtes und Gedachtes. Rede, gehalten bei der Feier seines 70. Geburtstages am 10. Oktober 1925 in der Aula der Universität Graz, mit Zusätzen und Anmerkungen von Hofrat Professor Dr. Gustav Hanausek. Ulr. Mosers Buchhandlung (J. Meyerhoff), Graz. Quart. 34 Seiten.

3. Abhandlungen zur antiken Rechtsgeschichte. Festschrift für Gustav Hanausek zu seinem 70. Geburtstage am 4. September 1925, überreicht von seinen Freunden und Schülern. Ulr. Mosers Buchhandlung (J. Meyerhoff), Graz. Quart. 158 S.

Anläßlich des 70. Geburtstages des ausgezeichneten akademischen Lehrers der Grazer Universität Hofrates Prof. Dr. Gustav Hanausek veranstaltete letztere am 10. Oktober 1925 eine akademische Feier. Zwei der aus diesem Anlasse gehaltenen Reden wurden in Druck gelegt, und zwar die Ansprache Wengers, des d. z. Rektors der Universität in München, und die Antwort von Hanausek selbst darauf. Die Ansprache Wengers geht mehr auf das Gedankliche ein, während die Entgegnung Hanauseks, neben einer Reihe umfangreicher und wertvoller Zusätze zu Fragen des Rechts und der Volkswirtschaft, mehr das Tatsächliche in seinem Lebenslaufe berücksichtigt. Beide Reden haben für die Geschichte unserer Wissenschaft und ihres Betriebes, darüber hinaus für die Gedankenwelt eines deutschösterreichischen Juristen in der zweiten Hälfte des neunzehnten und zu Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts eine über den zufälligen Anlaß hinausreichende Bedeutung. Sie zeigen uns neben der Forschungsarbeit, die praktisch-dogmatisch eingestellt ist, einen wissenschaftlichen Betrieb großen Umfanges, der mit besonderem Erfolge bestrebt ist, geistige

*) Ich führe ein solches hier an, das freilich nur in dem Auszuge aus Gjelsvik (Loerebok i folkerett § 8) begegnet (S. 138): „Über die Frage kann man von einem internationalen Gewissen reden, sagt der französische Professor, der Historiker Gabriel Séailles: Wenn man von einem internationalen Gewissen redet, so ist es kaum etwas anderes, als daß alle Leute einstimmig die Verbrechen verdammen, welche sie nicht selbst begangen haben.“

Kräfte, die zu selbständiger Hervorbringung befähigt sind, unter den Zuhörern ausfindig zu machen und heranzubilden und damit weiter dem Fortschritt der wissenschaftlichen Erkenntnis zu dienen.

Aus dem erwähnten Anlasse ist auch eine Festschrift erschienen. Nachdem die Festschrift anderen Ortes bereits zweimal eingehend besprochen worden ist (Weiss, Deutsche Literaturzeitung 1926, 337 ff.; Kübler, ZS. der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung, XLVI 1925, 384 ff.), so kann auf ihren Inhalt hier nur in Kürze eingegangen werden. Sie wird durch eine Vorrede des damaligen Landeshauptmannes der Steiermark, gegenwärtigen österreichischen Unterrichtsministers Professor Dr. Anton Rintelen, eingeleitet. Wenger behandelt „Wandlungen im Römischen Zivilprozeßrecht“, besonders wichtig ist aus seinen Erörterungen die meiner Meinung nach das Problem ganz richtig darstellende Erörterung der Anfänge des *iudicium privatum*, insbesondere die Ablehnung der reinen Schiedsgerichtstheorie. San Nicolò handelt „Zur Entwicklung der babylonischen Urkundenformen“; es wird insbesondere auch auf neue Urkundentypen, die babylonisch-assyrische Zwiegesprächsurkunde hingewiesen. Steinwenter bespricht neue Urkunden zum byzantinischen Libellprozeß. Es handelt sich um die P. Oxyr. XVI 1876—1881. Der Aufsatz ist für die Geschichte des byzantinischen Prozesses sehr wichtig, indem er zeigt, wie hier die Rechtsübung ein Verfahren hervorbringt, das erst hundert Jahre nachher durch die justinianische Gesetzgebung festgelegt wurde. Es handelt sich hier um die Einleitung des Prozesses. — Lautner weist in seinem „Zur interrogatio in iure nach klassischem Rechte“ überschriebenen Aufsätze zahlreiche Interpolationen nach. Während das klassische Recht die *interrogatio in iure* zwar nicht dem Ausdrucke, wohl aber dem Begriffe nach in einer Reihe von Fällen kannte, denen Sachhaftung gemeinsam ist, falls die *Defensio* ausbleibt, kennt das justinianische Recht diese Schranke nicht und legt das Gewicht auf die durch das Rechtsmittel herbeizuführende Beweiserleichterung. Der inzwischen verewigte Ivo Pfaff, der engste Fachkollege von Hanausek, handelt „Zur Lehre vom Vermögen nach römischem Recht“. Besprochen wird die Geschichte des in seinem Inhalte mehrfach wechselnden römischen Vermögensbegriffes. Der Begriff des Vermögens verbindet sich mit der jedenfalls sehr alten Anschauung vom *incensus*, der selbst trans Tiberim verkauft wird, während das Vermögen an den Staat fällt. Koschaker handelt über „Bedingte Novation und pactum im römischen Recht“. Der Verfasser bespricht die Bedeutung der Hinzufügung einer Bedingung zu einem bis dahin unbedingten Rechtsgeschäfte; in diesem Zusammenhange wird das Verhältnis der *exceptio pacti* zur *exceptio doli* geprüft, beide schließen einander aus, ihre Vermengung ist erst byzantinischer Herkunft. Gaius III 179 (*doli mali aut pacti conventi exceptio*) hält der Verfasser, insoweit hier von der *exceptio doli* die Rede ist, für ein vorjustinianisches Glossem. Das *pactum tacitum* hält der Verfasser, wie ich glaube, mit Recht für ein Ergebnis der nachklassischen Rechtswissenschaft.

Prag.

Professor Dr. jur. Egon Weiss.

Laun, Rudolf, Recht und Sittlichkeit. Antrittsrede gehalten anläßlich seiner Inauguration zum Rektor der Universität Hamburg am 10. November 1924, Hamburg 1925.

Gegenüber der herrschenden Ansicht, nach welcher das Recht als „heteronomes Sollen“ gilt (S. 3), die Gebote der Sittlichkeit aber mit

Kant als „autonome“ gedacht werden, verfißt Laun die These: auch die Gebote des Rechts seien „Gegenstand der Selbstgesetzgebung“, d. h. autonome Normen (S. 4). So gelangt er zu dem Satze: es gebe nur ein Sollen; Recht und Sittlichkeit „als Sollen, im Gegensatz zum Geschehen, erfaßt“, seien eins und dasselbe (S. 16); wer den Geboten des Rechts, wer einer Rechtspflicht gehorche, befolge damit nur ein Gesetz, das er sich seinem ganzen Inhalt nach in jedem einzelnen Anwendungsfalle selbst gegeben habe (S. 4).

Laun verkennt dabei keineswegs, daß Gehorsam gegen die Rechtsätze — die ein „fremder Wille“ dem Rechtsunterworfenen vorschreibt — der Furcht vor Strafe im Diesseits (oder, bei religiöser Begründung des Rechts, im Jenseits) oder dem Wunsche, andere nachteilige Folgen zu vermeiden, entspringt. (S. 7 f.) Diese Erkenntnis, daß den Geboten des positiven Rechts keineswegs regelmäßig aus innerer Überzeugung gehorcht wird, scheint sogar den Ausgangspunkt seiner Überlegungen gebildet zu haben. Die „Rechtsfolge“, so schließt er, sei „demnach die Anwendung von Gewalt seitens des Stärkeren gegenüber dem Schwächeren“, „das sogenannte positive Recht . . . eine Summe von Aussagesätzen über die bedingte Anwendung der Gewalt des Stärkeren“ mithin nichts anderes als „schlechthin Gewalt“; von einem Sollen, einer Pflicht enthalte es nichts (S. 8); denn aus Gewalt könne niemals eine Pflicht abgeleitet werden (S. 9).

Das positive „Recht“ werde zum autonomen, d. h. unbedingten Sollen, zum „wirklichen Recht“ erst durch das Hinzutreten des „Erlebnisses des Sollens“ (S. 14), m. a. W. durch die Billigung des Rechtsgefühls oder Gewissens (ebenda). Ohne diese innere, sittlicher Überzeugung entspringende Zustimmung könne auf die Dauer weder Staat noch Rechtsordnung bestehen (S. 22, 26, 29). Unter Anerkennung dieses letzteren ließe sich nun unseres Erachtens einwenden, es sei irrig, das „positive Recht“ als „Gewalt“ zu begreifen, denn der Gehorsam gegen das Recht entspringe keineswegs allein der Furcht vor nachteiligen Rechtsfolgen, sondern gerade in den Fällen, wo der Gehorsam im Einzelfall mit Widerstreben geleistet wird — weil etwa die konkrete Rechtsnorm dem Rechtsunterworfenen als eine ungerechte oder unzumutbare erscheint —, geschehe dies aus grundsätzlicher Anerkennung der Rechtsordnung (die zu achten auch dann notwendig sei, wenn die einzelne Vorschrift positiven Rechtes Widerspruch erregt). Hiergegen verwahrt sich Laun ausdrücklich: von „einer Anerkennung der Rechtsordnung als Ganzem, von einem „Blankoakzept“ könne „keine Rede sein“. Nur der durch „positivistisches Jusstudium“ Verbildete werde leugnen, daß „wir alle unterscheiden zwischen jenen positiven Vorschriften, die wir als „Recht“ und jenen, die wir als „Unrecht“ empfinden“ (S. 15).

Wir können nicht umhin, auszusprechen, daß uns hier eine Vermischung der Begriffe Recht und Gerechtigkeit vorzuliegen scheint, die dem starken sozial ethischen Bemühen Launs zuzuschreiben sein dürfte. In diesem Zusammenhang sei auch auf die interessanten Ausführungen über die „Irreleitung des Rechtsgefühls“ (S. 23) hingewiesen. Es ist offenbar, daß der Proletarier über die Rechtsnormen, deren Sinn der Schutz des Privateigentums ist, anders denkt als der Unternehmer, und dieser wiederum über Steuergesetzgebung einer sozialdemokratischen Regierung anders als jener; solange aber beide in derselben Rechtsgesellschaft leben, bleiben diese Normen nach den bisher geltenden Begriffen für beide Kategorien von Rechtsuntertanen „Recht“.

Hinter dem Vorwurf, eine Rechtsnorm sei „ungerecht“, verbirgt sich übrigens nur allzuoft die Opposition gegen eine als unbequem oder gewissen Interessen widerstrebend empfundene Norm, wie sich an dem von Laun auf Seite 15 gegebenen Beispiel leicht exemplifizieren ließe. Wird eine Norm aus diesem Motiv abgelehnt, also nicht als ein Sollen, sondern als ein „bedingtes Müssen“ empfunden, so hört sie unseres Erachtens — und offenbar auch nach Launs Meinung — nicht auf, „Recht“ zu sein.

Launs Bemühen, die Geltung der Rechtsnormen auf den Individualwillen zurückzuführen, ist vermutlich veranlaßt durch die Beobachtung tiefgehender Divergenzen im Rechtsbewußtsein der verschiedenen Schichten in der modernen Gesellschaft. Eine begrifflich scharfe Rechtstheorie dieser Gesellschaft kann aber unseres Erachtens nicht gestaltet werden ohne die Hypothese der Unterwerfung aller Rechtsgenossen unter den Willen der Gesamtheit — sei diese nun als durch die Majorität einer Versammlung oder durch ein anderes Organ repräsentiert gedacht. Laun, dem derartige Erwägungen selbstverständlich nicht fern geblieben sind (vgl. S. 22), scheint die Bedeutung solcher rein begrifflicher Konstruktionen für die Lösung seines Problems zu unterschätzen. Darin scheint uns gerade der grundsätzliche Unterschied von Recht und Sittlichkeit zu liegen, daß die Normen dieser tatsächlich nur Geltung haben für den sie Anerkennenden, die Normen des Rechts aber sofern und solange gelten, als die Fiktion besteht: sie stellen den Willen der Gesamtheit dar. Die Aufhebung dieser Unterscheidung, deren Konsequenz die Launsche Scheidung von Gewaltrecht und autonomem, d. i. wirklichem Recht ist, scheint uns — trotz Launs ausdrücklichem Widerspruch —, wenn sie zu Ende gedacht wird, zu einer anarchistischen Gesellschaftstheorie zu führen. Womit über den Wert solcher Gedanken kein Urteil gefällt sein soll. Vielmehr stimmen wir dem Verfasser in seinem Grundgedanken bei, daß es nämlich wünschenswert sei, die Rechtsordnung soweit wie möglich auf die innere, überzeugte Zustimmung des Rechtsunterworfenen zu gründen.

London.

Dr. Rudolf Heberle.

Wilhelm Hofacker, Die Neugestaltung der öffentlichen Verwaltung. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 1926. 53 S.

Hofacker hat in Württemberg einen guten Namen, sowohl als Verwaltungsbeamter wie als Publizist. Er ist freilich zugleich, wie man in Schwaben sagt, ein Einspänner: er geht seine eigenen Wege, abseits vom breiten Weg der Heerstraße. Seine zahlreichen Schriften bewegen sich vornehmlich auf dem Gebiet der Verwaltung, genauer der Abscheidung von Justiz und Verwaltung, des Strafrechts und des Verhältnisses des Verwaltungsstrafrechts zum allgemeinen Strafrecht und er gehört mit Goldschmid, Schultzenstein, Meisel, O. Mayer, Spiegel, Thoma zu den Vorkämpfern eines selbständigen, dem Kriminalstrafrecht gegenüberzustellenden Verwaltungsstrafrechts. Alle seine Schriften aber sind philosophisch eingestellt und stets von dem Bestreben geleitet, aus gewissen führenden Grundgedanken Folgerungen zu ziehen und Forderungen aufzustellen. Dabei hat Hofacker eine stark kritische Ader. Am deutlichsten hat er die Grundgedanken seiner Einstellung wohl herausgearbeitet in der im Jahr 1924 erschienenen Schrift „Der logische Aufbau des deutschen Rechts“, mit dem Untertitel „Beiträge zur Vereinfachung des Rechtswesens“, und am eingehendsten in dem umfassenden Werke von 1919

„Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform“, beide, wie auch die gegenwärtige Schrift bei W. Kohlhammer in Stuttgart erschienen.

Die gegenwärtige, jetzt zu besprechende Schrift über die Neugestaltung der öffentlichen Verwaltung greift nach der Art Hofackers weit aus und bringt viel und vielerlei, um auf das den Titel ausmachende Thema erst zum Schluß, etwa ab S. 37 einzugehen; im ganzen umfaßt die Schrift 53 Druckseiten. An der Hand der Logik, hauptsächlich der Wundtschen, werden die bestehenden Rechtsbegriffe und Rechtseinrichtungen scharf kritisch untersucht und nach der gleichen Methode wird zu den anderen Entwürfen über das Reichsstrafgesetzbuch, die Rechtseinheit und das Reichsverwaltungsgericht Stellung genommen. Besonders ablehnend verhält sich Hofacker dem Strafgesetzentwurf gegenüber. Ablehnend verhält sich übrigens, nebenbei bemerkt, Hofacker auch zu der „reinen Rechtslehre“ Kelsens.

Die Schrift zerfällt in vier Abschnitte (I–IV) und V eine Zusammenfassung. I handelt von den persönlichen Einflüssen im Rechtsbetrieb, II von den Symbolen im Rechtsbetrieb, III von der Bedeutung der Begriffsbestimmungen und der Rechtssätze, wobei unter Ziffer 5 der acht Unterziffern auch die „Begriffsjurisprudenz“ zur Behandlung und sogar zu ihrem Recht kommt, IV endlich erörtert die praktischen Auswirkungen einer Neueinstellung der Rechtsgedanken. Diese Neueinstellung hat nach Hofacker, kurz gesagt, für jede Rechtsregelung den Gegenstand an die Spitze zu stellen als das Subjekt des Rechtssatzes, aus ihm sind die Folgen als das Prädikat des Satzes abzuleiten. Der häufigste Denkfehler in der heutigen Rechtshandhabung, der nach Hofacker viel Verwirrung und Unheil gestiftet hat, ist die unzulässige Vertauschung von Subjekt und Prädikat. Die zahllosen Entscheidungen z. B. des Reichsgerichts, in denen Verwaltungssachen in bürgerliche Rechtssachen verwandelt wurden, beruhen auf einem Umkehrschluß mit Vertauschung von Subjekt und Prädikat.

Ich darf vielleicht den Verfasser selbst noch zum Wort kommen lassen, um zugleich eine Probe seiner Schreibweise zu geben, indem ich einige Sätze aus seiner Schlußbetrachtung (S. 52) wiedergebe:

„Es handelt sich um die uralte Frage, ob das Subjekt oder das Prädikat herrscht, ob wir aus guten Integralen differenzieren oder aus falschen Differentialen integrieren wollen. Die Verkehrtheit der herrschenden Methode tritt am klarsten darin hervor, daß wir die Frage, was Staat, Staatsorgane, hoheitliche Handlungen seien, von hinten her lösen. Wir betrachten also zuerst die abstrakten Handlungen, die von strafbaren Handlungen, wie Sachbeschädigungen, Mißhandlungen, Nötigungen zu trennen schwer fällt, von diesen Handlungen aus schließen wir, ob die Handelnden als Private oder als Staatsorgane tätig, die Handlungen private oder hoheitliche waren, zuletzt ist uns der Staat die Summe der auf diese Weise als rechtmäßig erkannten Handlungen der Staatsorgane. Das erklärt, daß wir Staatsorgane für Handlungen, die sie im Auftrag des Reichs ausführen, im Namen des Reichs bestrafen. Alles läuft darauf hinaus, daß unser Rechtsbetrieb vor der Logik nicht bestehen kann.“ . . . „Niemand fehlt freiwillig. Wir sind verfangen in den eigenen Schlingen der Jurisprudenz, Sklaven der Begriffe; die Verwilderung des Rechtsgartens beruht auf einem tückischen Spiel mit Worten. Die Schwierigkeiten liegen nicht in den Dingen, sondern in uns selbst; wenn wir sie nicht überwinden, werden wir eine Verbesserung der öffentlichen Verwaltung nie erreichen.“

Stuttgart. Prof. Dr. v. Pistorius, Kgl. Staatsminister a. D.

Zaccaria Giacometti, Dr., Privatdozent für öffentliches Recht und Kirchenrecht an der Universität Zürich, *Quellen zur Geschichte der Trennung von Staat und Kirche.* Tübingen, Mohr (P. Siebeck), 1926. XXIV, 736 S. 21 RM.

Eines der wichtigsten und schwierigsten Probleme der Gegenwart ist die Trennung von Kirche und Staat. Daher ist, wie jeder Beitrag zu dessen Lösung, so namentlich der vorliegende sehr erwünscht. Über dessen Genesis klärt auf das von dem Züricher Kirchenhistoriker W. Köhler geschriebene Vorwort des Inhalts, daß die Konzeption des Buches, in die Jahre des Weltkrieges gefallen, durch wechselvolle Schicksale aber die Ausreifung verzögert worden sei. Doch sei die Plangrundlage dieselbe geblieben. Er habe diese Dokumentensammlung, mit der ursprünglich eine Serie von Quellensammlungen zur Geschichte des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik eröffnet werden sollte, angeregt, um die nötige lebendige Fühlungnahme zwischen Jurisprudenz und Theologie an den gemeinsamen Grenzen von Kirchenrecht und Kirchenpolitik herzustellen. Und gerade die Trennung von Staat und Kirche als teils verwirklichte Tatsache, teils dem Vollzug entgegengehendes Problem gehöre da an die Spitze. Handle es sich doch um eine in gleicher Weise für Recht und Religionswissenschaft entscheidende grundsätzliche Verhältnisbestimmung, deren Ersprießlichkeit in dem Maß von Einsicht in Geschichte und Wesen jener beiden Wissenschaften gegeben gewesen und gegeben sei. „Damit reichten sich zugleich in den Dokumenten Vergangenheit und Gegenwart die Hand für eine Zukunftswirkung, deren Ausmaß in den Händen künftiger Juristen und Theologen liegt, die auf den Hochschulen für die hier in Betracht kommenden Fragen zu schulen, nicht der letzte Zweck dieser Sammlung sein soll.“

Nicht weniger betont Giacometti in seiner tiefbohenden Einkleitung die Wichtigkeit des Problems der Trennung von Staat und Kirche als des kirchenpolitischen Systems der Zukunft, da das gegenwärtige Verhältnis von Kirche und Staat, soweit es noch nicht volle Trennung sei, nur eine Kompromißlösung, nur ein Übergangsstadium von der Vergangenheit zur Zukunft sei. Damit sei aber auch die Herausgabe von Quellen zur Geschichte dieses Verhältnisses gerechtfertigt. Die Quellen aber, die hier gesammelt seien, seien näherhin „verstanden als Quellen zur Geschichte des geltenden Trennungsrechtes im Gegensatz zur Geschichte des Trennungsgedankens“. Um sie richtig zusammenzustellen, wird zuvor der rechtliche Begriff der Trennung erhoben. Doch ist es bei der Verschiedenheit des fraglichen Verhältnisses in den einzelnen Ländern nicht möglich, einen einheitlichen, durchgreifenden Trennungsbegriff aufzustellen; vielmehr sind nur einige wenige, allen positiven Trennungsrechten gemeinsame Merkmale aufzuzeigen, ein Naturrecht der Trennung zu geben. Nach Abweisung der bisher versuchten induktiven und deduktiven Methoden zwecks der Begriffsgewinnung — mit Hilfe der deduktiven versuchte solches auch Rez. in seiner Schrift: *Der rechtliche Begriff der Trennung von Kirche und Staat*, 1916, 2. (anastat.) Aufl. 1919 — wird der deduktive Weg im Sinne der historisch-teleologischen Methode eingeschlagen, d. h. es wird ausgegangen von den verschiedenen historischen Zwecken, welche der Forderung der Trennung innewohnen, nämlich dem religiösen Liberalismus, dem politischen Liberalismus und dem Antiklerikalismus. Nach vielseitiger Erwägung der von so verschiedenen Richtungen her gestellten Forderungen über Trennung von Staat und der hieraus sich ergebenden Folgerungen wird dann der Trennungsbegriff S. XXII dahin

umschrieben: „Unter dem System der Trennung ist die Kirche nicht mehr öffentlich-rechtlich organisiert, ist weiter das Recht der Religionsfreiheit gewährleistet und die Berücksichtigung der Religion im öffentlichen Leben vielfach ausgeschlossen.“ Als Trennungsländer aber ergeben sich daraus in der Hauptsache: Frankreich, Portugal, Mexiko, Ecuador, Kuba, Brasilien, Estland, Genf, Irland, Nordamerikanische Union, Australien, Neuseeland, Südafrika, Rußland. Da aber in diesen Ländern trotz des gemeinsamen Essentiellen und Naturellen der Trennung doch wieder viele Verschiedenheiten hierin herrschen, so können sie selbst wieder unter drei Typen oder Klassen eingeordnet werden, in Länder, in welchen die Kirche nach einem sie hemmenden oder nach einem sie fördernden Sonderprivatrecht oder nach dem gemeinen Privatrecht lebt. Soweit zunächst G. in seiner Einleitung.

Man würde nun erwarten, daß er die genannten Trennungsländer genau unter diese drei Kategorien verteilt hätte, bzw. darnach die Rechtsquellen hierfür anführen würde. Er erklärt aber sofort weiter, daß er naturgemäß vor allem versucht habe, eine möglichst lückenlose Zusammenstellung der wichtigeren Quellen zur Geschichte des Trennungsrechts Frankreichs sowie des Kantons Genf zu geben, wo diese beiden Staaten nebst Portugal und neuerdings Rußland die einzigen europäischen Trennungsländer und zugleich mit der nordamerikanischen Union die klassischen Vertreter der drei bemerkten Trennungstypen seien. Bezüglich der Quellen für die übrigen Trennungsländer seien auch die wichtigeren beigebracht, soweit sie zugänglich gewesen, doch seien aus Gründen, z. B. Raummangel, geringerem Interesse usw., auch zugängliche übergangen worden. Immerhin aber kämen die Quellen in der Reihenfolge, daß zunächst aufgeführt würden die Quellen derjenigen Staaten, deren Trennungsrecht ein die Kirche mehr oder weniger hemmendes Privatrecht darstelle, dann die Quellen der Länder, die die Organisation der Kirche mehr dem gemeinen Privatrecht unterstellten, endlich die Quellen derjenigen Staaten, deren Trennungsrecht eher ein die Kirche begünstigendes Sonderprivatrecht sei. Aber die näheren Trennungsstriche zwischen den einzelnen Kategorien bzw. die genaue Einreihung der angeführten Länder je in die betreffende Klasse nimmt er nicht vor, hat das vielmehr zuletzt dem Leser überlassen. Dienlich hierzu ist die zum Teil reichlich angeführte Literatur über die fraglichen Länder. Weitere findet sich u. a. auch in Sägmüller, Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts, 4. Aufl. 1. Band 1. Teil (1925) Seite 136 ff.

Sehr dankenswert ist es, daß auch die Quellen zur Geschichte des Staatskirchenrechts des Kantons Basel-Stadt aufgenommen sind, „obwohl die Trennungsbestrebungen daselbst nicht zu einer Trennung im Sinne unseres gewonnenen Begriffs geführt, sondern eine Verhältnissordnung gezeitigt haben, die gewissermaßen auf der Entwicklungslinie zur Trennung sich bewegt“. Aus demselben Grunde sind auch die hauptsächlichsten Quellen zur Kirchenpolitik des „großen italienischen Staatsmannes“ Cavour aufgenommen. Dagegen vermißt man sehr die Quellen über die Trennung in Belgien und Deutschland. Wenn die Trennung daselbst wie die in Basel-Stadt mit Stutz als hinkende bezeichnet (S. XXIII, A. 1) und damit auf die Seite geschoben wird, so ist das ein Mangel des sonst so nützlichen Werkes. Es scheint, wie aus Andeutungen von Köhlers Vorwort herausleuchtet, auch hier wieder die leidige finanzielle Frage die Schuld zu tragen.

Tübingen.

Prof. Dr. Joh. Bapt. Sägmüller.

O. G. von Wesendonk, Auswärtige Politik. Berlin (K. Büttner), 1926. 187 S. Geb. 7 RM., geh. 6 RM.

In dem populär gehaltenen Buch des im aktiven Dienst stehenden Diplomaten und Zeitungsmanns werden die wichtigsten Fragen des politischen, staatlichen, gesellschaftlichen Lebens unter dem Gesichtspunkt der auswärtigen Politik behandelt, und zwar in leichtverständlicher und in rein sachlicher, mitunter kritischer, aber stets nach Objektivität strebender und sich von einer bestimmten politischen oder gar parteipolitischen Einstellung fernhaltender Weise und mit zahlreichen Beispielen aus Gegenwart und Geschichte (auffallend sind die vielen interessanten Parallelen zur Antike, namentlich zur Geschichte des römischen Reichs). Daß dabei die wissenschaftliche Seite (methodisch wie sachlich) nur kurz wekommt, ist kein Vorwurf, folgt vielmehr aus Aufgabe und Ziel des V. Die Politik wird als Kunst und als Tat aufgefaßt; sie muß unter allen Umständen zum Erfolg führen und daher auf die Menschen und ihre Schwächen Bedacht nehmen, auf die Menschen, wie sie nun einmal sind. Der Politiker hat sich erreichbare Nahziele zu setzen; große ferne Ziele hat er nur mit Vorsicht zu beachten, und erzieherische Aufgaben dem Menschengeschlecht gegenüber liegen außerhalb seines Bereichs. Das Volk und namentlich das deutsche bringt der auswärtigen Politik wenig Verständnis entgegen. Und doch ist das Verhältnis der äußeren zur inneren Politik dahin zu bestimmen, daß sich letztere nach ersterer zu richten hat. Heutzutage hat jeder Staat selbständig über seine Ziele zu bestimmen (Grundsatz der Nichtintervention). Die Politik wie die Staatsform haben sich nach der inneren Kraft eines Staates zu richten. Unverantwortliche Einflüsse, z. B. seitens der Heeresleitung, sind zurückzuweisen, obwohl sie mitunter (wie für die deutsche Politik im Weltkrieg) ganz nützlich sein können. Die Staatstheorien interessieren den Staatsmann nur in zweiter Linie, können aber anregend wirken und zeigen ihm jedenfalls die im eigenen Lande herrschenden Ideen, mit denen er nun einmal zu rechnen hat, will er Erfolg haben. Dem Staat wird (ähnlich wie von Spengler) keine ewige organische Dauer zugestanden. Einer der wichtigsten Faktoren der auswärtigen Politik ist die Wirtschaft (einst Edelmetalle eines Landes, dann Kohle, jetzt besonders Öl). Das Recht ist nur ein Faktor, mit dem der Politiker zu rechnen hat, der aber nicht unmittelbar seiner Entscheidung zugrunde zu legen ist, ähnlich wie ein großes gewerbliches Unternehmen einen Syndikus besitzt, der seine Rechtskenntnisse zur Verfügung stellt, ohne selbst die Leitung zu übernehmen (das ist gewiß richtig, aber das Recht ist nicht nur Instrument der Politik, sondern beansprucht limitativ-normativen, wenn auch nicht schöpferisch-normativen Charakter). Die Bedeutung von „Kultur und Idee“ in der Politik wird namentlich hinsichtlich der Sprache anerkannt; das sonstige reiche Material der Kultur und das kulturell-nationale Bewußtsein eines Volkes wird aber nicht genügend hervorgehoben, obwohl auch hiermit eine erfolgreiche auswärtige Politik zu rechnen hat, und zwar in besonders hohem Maße; es gibt gewisse Strömungen des Volkswillens, gegen die der Politiker machtlos ist. Die Bülow'sche Ära wird nicht sehr günstig gewürdigt, aber immerhin werden ihre (m. E. doch gewiß anzuerkennenden) Erfolge hervorgehoben. Mit Vorsicht werden Deutschlands auswärtige Ziele skizziert und die Neuorganisation des Auswärtigen Amts (nach regionalen Gesichtspunkten) kritisiert. Zum Schluß wird auf die Macht der Presse hingewiesen, die der Politiker nicht entbehren kann (nicht einzusehen ist, weshalb unter führenden deutschen Zeitungen

nicht auch Berliner genannt werden). Ein Problem hätte auch im Rahmen des vorliegenden Buches der eingehenden Behandlung bedurft: wieweit ist der Politiker der Führer und wieweit ist er von den Geführten, wieweit von anderen Staaten abhängig? und damit zusammenhängend: welcher Art müssen die Ziele sein, denen er zustrebt, wenn er Erfolg haben will? Diese Fragen rufen zu einer wissenschaftlichen Besinnung auf über das Wesen der Politik und ihr Verhältnis zu anderen Kulturmächten (oder gar ihre Abhängigkeit von ihnen?).

Königsberg.

W. Sauer.

Paul Göhre, Staatssekretär z. D., Deutschlands weltpolitische Zukunft. Berlin-Grunewald (K. Vohwinkel) 1925. 176 S.

Der einstige evangelische Pfarrer, spätere Politiker und Sozialpolitiker, aus dessen Feder viele weitverbreitete Schriften stammen („Drei Monate Fabrikarbeiter und Handwerksbursche“ 1891 ff., „Wie ein Pfarrer Sozialdemokrat wurde“ 1900 ff., „Das Warenhaus“ 1907, „Die deutschen Arbeiterkonsumvereine“ 1910 u. a.), legt gegenwärtig sein außenpolitisches Glaubensbekenntnis in einer anregenden und auch rechts- und sozialphilosophisch stark interessierenden Schrift vor. Dem deutschen Volke sei der Glaube an Deutschlands weltpolitische Zukunft genommen; er müsse ihm wiedergegeben werden. Als aussichtslos charakterisiert der Vf. im einzelnen die folgenden, vielfach empfohlenen Wege: Pazifismus, Weltrevolution mit folgendem Kommunismus, Revanchekrieg, Herstellung der alten Weltmachtstellung von 1914 mit Kolonialbesitz, Bündnispolitik (mit Rußland oder mit England). Er meint vielmehr, die politische und wirtschaftliche Entwicklung der Völker und Staaten dränge zur Bildung von „Großraumstaaten“; das sind große Einheiten von Ländern, die auf der Erdoberfläche geopolitisch zusammenhängen und politisch wie wirtschaftlich auf einander angewiesen sind. Solche Einheiten sind 1. Nordamerika (einschl. Britisch-Nordamerika und Mexiko), 2. Südamerika, 3. Rußland (europäisch wie asiatisch), 4. Südostasien (Japan, China, Indien, vielleicht mit Australien), 5. Süd- und Mittelafrika, 6. Kontinentaleuropa (ohne Rußland, aber mit sämtlichen Mittelmeer-Anliegestaaten). Das britische Weltreich, noch aus der überwundenen Periode der Kolonialpolitik stammend, gehe einem Zerfall entgegen. Das Heil für Deutschland, aber auch für die anderen Staaten, erwartet der Vf. von einem Kontinentaleuropa; nur so könnten die beteiligten Staaten den mächtigen anderen, längst eine organische Einheit bildenden Großraumstaaten auf die Dauer widerstehen. Statt dessen zerfleische sich das alte kontinentale Europa, von dem doch alle Kultur ausgehe. Vor allem müsse sich Deutschland mit Frankreich verständigen; dann würden die anderen Staaten Europas nachfolgen. Die organische Einheit müsse auch zu einer staatlichen und rechtlichen werden; die Phasen eines solchen Aufbaus werden im einzelnen (S. 145) skizziert. — Zur Kritik an dieser Stelle nur so viel. Ob die vorgeschlagene Außenpolitik für uns durchführbar ist, bleibe dahingestellt (nicht recht klar ist mir geworden, welche Stellung nach dem Plan des Vf. England einnehmen soll). Mein Bedenken ist, ob die Erdraum-Einheit überhaupt eine „organische“ sein kann und ob ihre Bedeutung für die kulturelle Einheit, auf die es doch in letzter Linie ankommt, nicht erheblich überschätzt wird. Die Kultur ist aber national, nicht geopolitisch bedingt. Die von dem Vf. geplanten Gebilde sind nichts anderes als Staatengemeinschaften; ob aus ihnen einmal ein

Staat von Lebenskraft erstehen kann, erscheint mir zweifelhaft, so lange gemeinsame nationale Kultur fehlt. — Möge das Buch viele Leser finden und zur Kritik anregen.

Königsberg.

W. Sauer.

G. Marton, Professor an der Universität Debreczen, **Verschuldensprinzip — Verursachungsprinzip**. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). München 1926. 53 S.

Der Verfasser führt aus, daß die privatrechtliche Verantwortlichkeitslehre zu einer einheitlichen Lösung der Fragen nicht gelangt sei, sie gehe von einer Verschuldenshaftung aus, betrachte die zweifellosen Fälle der Kausalhaftung als Ausnahmen, die sie auf das Verursachungsprinzip stütze und könne nur durch eine Kette von Fiktionen, Folgewidrigkeiten, Unvollkommenheiten und praktischen Unverträglichkeiten sich durch die inneren Fehler ihrer Konstruktion durchwinden. In Wahrheit werden unter dem Verschuldensprinzip auch Nichtschuldige verantwortlich gemacht, da die Schuld nicht nach dem Täter, sondern nach objektiven Maßstäben beurteilt werde, die Versuche, einen besonderen Verschuldensbegriff zu schmieden, seien erfolglos und geben keine einheitliche innere Grundlage für ein Schadensersatzrecht, das Verschulden sei nun einmal ein Lehnbegriff aus der Ethik und könne nicht nach Bedarf umgestaltet werden. Für die durch das Verschuldensprinzip nicht zu erklärenden Haftungsfälle werde versucht, in dem Prinzip der Verursachung (Veranlassung) eine gemeinsame Grundlage zu schaffen, manche Schriftsteller bauen auf diesem Prinzip alle Fälle der Schadenhaftung auf. Allein dieses Prinzip beruhe auf einer Verwechslung des philosophischen und des gewöhnlichen Ursachenbegriffs und sei ebenfalls nicht tragbar; die wahre eigentliche Ursache der Haftung sowohl für die schuldhafte wie für die schuldlose Haftung sei die Norm (das Gesetz), die rechtspolitischen Gründe der Haftung seien der Gedanke der Prävention (der erzieherischen Wirkung), des aktiven Interesses, des Beweisnotstandes, der ökonomischen Tragfähigkeit, kurz der Utilität. Das Verschuldensprinzip sei lebendig in dem Gedanken der Prävention, habe aber keine eigene kategorisierende Bedeutung. — Mit diesen Ausführungen deckt der Verfasser viele Schwächen der Rechtslehre und Rechtspraxis auf, auch gibt er wertvolle Beiträge zum philosophischen Ursachenbegriff und zur Beurteilung der Bedeutung der Begriffe in verschiedenen Systemen. Erschöpfende Gesichtspunkte für die Beurteilung des geltenden Rechts will Marton nicht geben. Seine Leitsätze für ein künftiges Recht scheinen mir das, was der Rechtstechniker anstreben muß, nicht zu leisten. Der Verfasser arbeitet mit dem Ausdruck „widerrechtlich“, ohne ihn irgendwie zu erklären. Es ist aber der Hauptfehler sowohl der Strafrechtspraxis als der Zivilrechtspraxis, daß sie diesen Ausdruck in verschiedener und widersprechender Weise handhaben. Der Verfasser selbst glaubt, daß seine Leitsätze zu einer strengeren Haftung führen würden. Die Hauptsache wäre aber die Herbeiführung einer Rechtssicherheit, letztere würde durch neue Gesetze, die jeder Deutung zugängliche Sätze enthielten, nicht gewährleistet. Es bleiben also noch genug Aufgaben übrig, aber die unter sorgfältiger Verwertung der Rechtsliteratur und in klarer Darstellung abgefaßte Schrift ist anregend und für die deutsche Rechtspraxis, die in weitem Umfang auf allgemeine Lehren eingestellt ist, unmittelbar fruchtbar.

Stuttgart.

Dr. Hofacker.

C. Internationale Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.

1. Mitteilung.

An Stelle des uns durch den Tod entrissenen Ehrenvorsitzenden der IVR. und Mitherausgebers unseres Archivs für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie galt es eine Persönlichkeit zu gewinnen, deren Mitwirkung die wirtschaftsphilosophische Seite von IVR. und Archiv besonders zu fördern gewährleistete.

Wir sind der Zustimmung aller Mitglieder unserer IVR. und Leser unseres Archivs sicher, wenn wir den soeben von Freiburg i. B. nach Berlin berufenen

Herrn Prof. Dr. Goetz Briefs

hiermit als stellvertretenden Vorsitzenden der IVR. und Mitherausgeber des Archivs einführen und dabei ihm und uns den gleichen Wunsch mitgeben, daß die Vereinigung und das Archiv nach wie vor von hoher Warte aus in einer jeder politischen Tagesströmung entrückten Weise beitragen mögen zu einer gerechten Lösung der drängenden Fragen der Wirtschaft.

L. Wenger
Wien

W. Sauer
Königsberg i. Pr.

W. Rothschild
Berlin

2. Bericht über den 4. Kongreß der IVR.

(Berlin, 25. bis 29. Oktober 1926.)

Der Kongreß, der von über 1000 Teilnehmern besucht wurde, darf als ein Markstein in der wissenschaftlichen Aufwärtsentwicklung unserer Vereinigung, daneben auch als gesellschaftliches Ereignis in der Reichshauptstadt bezeichnet werden. Es war nicht leicht, in den heutigen Zeiten einen internationalen Kongreß rein fachwissenschaftlicher Art von fünftägiger Dauer mit einem so umfangreichen Programm zustande zu bringen; und es bedurfte der hingebenden und harmonischen Zusammenarbeit aller, voran der Mitglieder des Kongreßausschusses, insbesondere des Kongreßsekretärs Landgerichtsdirektors Dr. Kohler, und des Verlegers und Schatzmeisters Dr. W. Rothschild, sodann der Vorstandsmitglieder, der Vortragenden, die zum nicht geringen Teil von weit her zu uns eilten, der Staats- und Kommunalbehörden, der Vertreter des Rechts- und Wirtschaftslebens und nicht zuletzt der Wissenschaft. Ihnen allen sowie den zahlreich erschienenen Mitgliedern und Freunden unserer Vereinigung sei noch einmal an dieser Stelle gedankt.

Die Sitzungen fanden im großen Saal des Obergerverwaltungsgerichts statt. Nach der Eröffnungsrede des geschäftsleitenden Vorsitzenden, in der er die beiden zu vereinigenden Wissenschaftsideale hervorhob (exakt-spezialistisches und kosmisch-philosophisches Denken), erwiesen unserer Vereinigung die Ehre, Begrüßungsansprachen, zu halten, die Herren Obergerverwaltungsgerichtspräsident Staatsminister Dr. Drews (als Hausherr), Reichsjustizminister Dr. Bell, Ministerialdirektor im Kultusministerium und Leiter der Hochschulabteilung Prof. Dr. Richter, Kammergerichtspräsident Dr. Tigges im Auftrag des Preußischen Justizministers, der Rektor der Universität Berlin Geheimrat Prof. Dr. Triepel, der Rektor der Technischen Hochschule Charlottenburg Geheimrat Prof. Dr. Stavenhagen, Bürgermeister Dr. Scholz für die Stadt Berlin, Ministerialdirigent im Reichspostministerium Geheimrat Scheda namens seines Ministeriums, während am Vorabend im Kaisersaal des Zoologischen Gartens außer dem geschäftsleitenden Vorsitzenden Begrüßungsansprachen hielten die Herren Geheimrat Prof. Dr. Kipp als Dekan der Juristischen Fakultät in Berlin, Rechtsanwalt Dr. Ernst Wolff als Vorstandsmitglied des Anwaltsvereins, Landgerichtsrat Dr. Wunderlich (Leipzig) für den deutschen Richterbund, Prof. Dr. Liebert als geschäftsführender Vorsitzender der Kantgesellschaft. Am dritten, vorzugsweise der Wirtschaftsphilosophie gewidmeten Kongreßtag hielt eine Rede das neu berufene und am ersten Tag eingeführte Vorstandsmitglied unserer Vereinigung der ord. Prof. der Staatswissenschaften Goetz Briefs (Berlin), während die Schlußansprache von dem Ehrevorsitzenden der IVR., Geheimrat Prof. Wenger (Wien), gehalten wurde, in der er u. a. die Notwendigkeit einer wissenschaftlichen Zusammenarbeit Deutschlands und Österreichs betonte. In allen Ansprachen wurde die erhöhte Pflege der Rechtsphilosophie, dieses gegenwärtig so außerordentlich wichtigen, „kulturkundlichen“, völkerverbindenden Wissenschaftsgebietes gefordert, von Ministerialdirektor Richter namens der preußischen Unterrichtsverwaltung auch zugesagt.

Es wurden 10 Vorträge gehalten, die in diesem und den folgenden Archivheften veröffentlicht werden. Am 26. Oktober sprachen Prof.

Vierkandt (Berlin), Prof. Sauer (Königsberg), Prof. Karl Wolff (Innsbruck); am 27. Oktober Prof. Binder (Göttingen), Prof. Egon Weiss (Prag), Staatsanwaltschaftsrat Dr. Dr. Wilke (London), Dr. Adam (Berlin); am 28. Oktober Prof. Wilbrandt (Tübingen), Obermagistratsrat Wölbling (Berlin), Bürgermeister Dr. Werner (Friedland). Es waren Themen aus den verschiedensten Gebieten gewählt, soweit sie nur rechts- und sozialphilosophischer Betrachtung zugänglich sind, und es waren Vortragende aus den verschiedensten wissenschaftlichen wie beruflichen Kreisen, auch aus verschiedenen Ländern gewonnen. So vermochte man ein Bild zu gewinnen von dem gegenwärtigen Stande der rechts- und sozialphilosophischen Forschung, von dem Ringen nach Erkenntnis des rechtlich-sozialen Lebens, des Wesens des Rechts und der Gesichtspunkte für seine fruchtbare Weiterbildung. Nur scheinbar streben die einzelnen Richtungen auseinander; im Grunde ist das Ziel immer das gleiche. — Ministerialdirigent im Auswärtigen Amt Geheimrat Dr. v. Baligand entschuldigte das Ausbleiben des bettlägerig erkrankten Reichsaußenministers Dr. Stresemann, der einen Vortrag über das Leben des Staates zugesagt hatte, und machte seinerseits zu dem Thema einige beachtliche Ausführungen. Geheimrat Prof. Niemeyer (Kiel) war durch plötzlichen Tod seines Sohnes, Staatssekretär Prof. Dahl (Kopenhagen) durch eigene schwere Krankheit verhindert, den angezeigten Vortrag zu halten. Prof. Peritsch (Belgrad) sandte zur Verlesung einen Vortrag, der im Archiv veröffentlicht wird. — Im ganzen sprachen 21 verschiedene Diskussionsredner (einige mehrmals), und zwar verabredetermaßen nicht länger als zehn Minuten. An der Diskussion beteiligten sich Ministerialdirigent v. Baligand (Berlin), Dr. Werner (Friedland), Prof. Horneffer (Gießen), Rechtsanwalt Flügge (Berlin), Dr. jur. et phil. Recasens (Madrid), Prof. Krahnemann von der Technischen Hochschule Charlottenburg, Prof. Ludwig Stein (Berlin), Dr. Rudolf Manasse-Morris (Dresden), Dr. Richard Wirth (Frankfurt a. M.), Regierungsrat Dr. Seckler (Berlin), Dr. H. P. Hallich (Berlin), Prof. Anderssen (Lindow), Geheimrat Prof. Dyroff (Bonn), Prof. Binder (Göttingen), Prof. Köhne von der Technischen Hochschule Charlottenburg, Geheimrat Prof. Wenger (Wien), Prof. Briefs (Berlin), Dr. Hans Siegfried Weber (Berlin), Prof. Messer (Gießen), Pfarrer Lasson (Berlin), Landgerichtsrat Wunderlich (Leipzig). Die Diskussion ergab viel Zustimmung, aber z. T. auch heftigen Widerspruch, schweifte mitunter leider auch vom Thema ganz ab. Im ganzen gewann man doch den Eindruck, daß unsere Vereinigung mit ihren Tendenzen sich auf dem rechten Wege befindet, daß auch eine Verständigung über die Ziele unserer Wissenschaft im Fortschreiten begriffen ist, daß aber auf der anderen Seite noch viel Arbeit, vielleicht sogar noch die Hauptarbeit zu leisten ist — in der stillen Gelehrtenstube wie in der Gemeinschaft.

An der Aufstellung eines beinahe überreichen gesellschaftlichen Teiles und an seinem guten Gelingen hatten sich besondere Verdienste erworben außer dem Kongreßausschuß ein eigens zu diesem Zwecke aus Damen der Berliner Gesellschaft gebildetes Damenkomitee, außerdem einige führende Kreise in Industrie und Handel, die nicht genannt sein wollen, deren tatkräftige Hilfe es uns erleichterte, uns an die Durchführung eines so umfangreichen Programms in diesen schwierigen Zeiten heranzuwagen. Außer dem schon erwähnten Begrüßungsabend im Kaisersaal des Zoologischen Gartens, an dem über 500 Gäste, darunter zahlreiche prominente Persönlichkeiten teilnahmen, fanden statt: ein Essen im Rheingold, ein Besuch des Museums für Völkerkunde

unter der sachkundigen Führung des Ethnologen und Herausgebers der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Dr. Leonhard Adam, ein Tee im Hotel Esplanade mit Vorführungen von Damen und Herren der Berliner Gesellschaft im Kostüm der Zeit, eine Rundfahrt durch Berlin mit Besichtigung des Flughafens, ein Essen im engeren Kreise bei Oberbürgermeister Dr. Böss, eine Besichtigung der Staatlichen Porzellanmanufaktur, eine Führung durch die Preußische Staatsbibliothek mit Besichtigung einer Ausstellung von Autographen berühmter Rechtsphilosophen (Sammlung Prof. Darmstädter) und der Lautabteilung (Prof. Doegen), ein Ausflug nach Potsdam mit Führung durch die Stadt und durch Schloß Sanssouci mit anschließendem, von der Stadt Potsdam gebotenen Essen, und endlich eine Festaufführung von Karl Maria v. Webers selten gehörter, chorreicher, musikalisch vielleicht reifster, jedenfalls in der Entwicklung zum „neuhegelianischen“ Wagnerstil einen Wendepunkt bedeutender „Euryanthe“ unter Bruno Walters Stabführung und in erster Besetzung.

Die Feier wird in Erinnerung aller weiter leben und nachwirken, die an ihr teilnahmen, eine Feier, in der neben rauschenden Festen ernste und große wissenschaftliche Arbeit vollbracht wurde. Und nun? Die große Arbeit möge von neuem beginnen.

Königsberg.

W. Sauer.

3. Schlußansprache beim 4. Kongreß der IVR.

Gehalten von

Dr. Leopold Wenger, Professor an der Universität Wien.

Wir stehen am Ende des vierten Kongresses unserer IVR., und mir ist die Aufgabe zuteil geworden, ein kurzes Schlußwort zu sprechen. Ich darf es im Namen derjenigen Teilnehmer am Kongresse sprechen, welche die Empfangenden und nicht die Gebenden waren. Es ist ein Wort des Dankes jener, die sich selbst kein Verdienst zusprechen dürfen, um die aktive Förderung der Rechtsphilosophie im allgemeinen und dieses Kongresses im besonderen. Denn die beiden Vorstandsmitglieder, die nach eigenem Verdienst dieses Schlußwort hätten sprechen dürfen, sind nicht mehr unter uns: Seine Exzellenz Prof. Dr. Friedrich Freiherr von Wieser, Minister a. D., der als Staatsmann und Gelehrter dem Kongresse zu präsidieren berufen war, der zu uns sprechen wollte, dessen wissenschaftliches Testament in dem kurz vor seinem Tode veröffentlichten Buche vom Gesetz der Macht wir bewegt in Händen halten, und Prof. Dr. Peter Klein, dessen Herzenswunsch die Veranstaltung dieses Kongresses war, der für ihn in unermüdlicher Tätigkeit selbstlos und treu Vorarbeiten über Vorarbeiten gehäuft hat, der aber knapp vor der Verwirklichung seiner Pläne mitten aus dem schaffenden Mannesalter abberufen worden ist. Ihr Andenken wird in der IVR. fortleben.

Der verwaisten Arbeit am Kongreß nahmen sich Sauer, Kohler und Rothschild an. Möge ihnen und ihren jungen Helfern die Befriedigung über den Verlauf des Kongresses ein Entgelt sein für all ihr Bemühen. Wir schließen in diesen Dank ein die Veranstalter und Veranstalterinnen der die ernste Arbeit umsäumenden geselligen Feste. Wir werden Berlin und Potsdam in schönster Erinnerung behalten. Wir danken den Herren

des Ehrenausschusses, die dem Kongresse Glanz und Ansehen verliehen haben, den Reichs- und Staatsministerien und anderen Reichs-, Staats- und Kommunalbehörden und gelehrten Gesellschaften. Wir freuten uns, auf dem Kongreß die Theorie der Universität und die Praxis von Richter- und Anwaltstand, die Verbindung von Rechtslehre, Rechtsprechung und Verwaltung vereint begrüßen zu können. Und wir nahmen es nicht mit Unrecht als gutes Omen, im Oberverwaltungsgericht ein so vornehmes Heim gefunden zu haben.

Und nun lassen Sie mich noch ein paar Gedanken aussprechen, die sich dem Zuhörer der Vorträge und der Wechselreden aufdrängten. Wenn in der Debatte einmal der Zweifel darüber durchklang, ob denn die Rechtsphilosophie überhaupt einen so groß angelegten Kongreß verträge, ob gleichsam ihre Popularisierung am Platze sei, so wird darüber schwer je eine einheitliche Meinung gewonnen werden können. Immerhin darf für die Ansicht der Veranstalter des Kongresses die Tatsache des regen Interesses gebucht werden, mit dem die Zuhörer den Rednern folgten. Wenn auch dieser Kongreß manche in den Listen auswies, die mehr der Geselligkeit als der Wissenschaft wegen sich eingetragen hatten, so ist das eine Erscheinung, die gegen alle wissenschaftlichen Veranstaltungen angeführt werden könnte, die aber nichts beweist, dafern nur die Zahl der wirklichen Teilnehmer zeigte, daß deren Interesse nicht auf dem Papiere stand. Und der Prozentsatz der Ausharrenden war erfreulich groß. Wenn unter spannender Aufmerksamkeit von an hundert Zuhörern über Kant und Hegel, über das Wesen des Rechtsbegriffes vorgetragen und debattiert werden konnte, so ist das ein sichtbares Zeichen des von verschiedenen Rednern betonten weitgehenden Interesses, ja mehr, der Sehnsucht nach Synthese, nach Theorie, nach Abstraktion, nach Philosophie auch bei den Juristen. Der Rektor der Berliner Universität hat bei der Begrüßung darauf verwiesen, daß Hegels Vorlesungen seiner Zeit von allen Ständen besucht waren. Warum wollen wir uns heute nicht freuen, wenn nicht bloß Zunftgelehrte an Fragen von Recht und Staat wieder so lebhaften Anteil nehmen? Mir scheint, daß ein Zusammenbruch von Recht und Staat, wie er unserer Generation in so drohende Nähe gerückt war, die gleichgültige Selbstverständlichkeit ablöste, mit der wir vor 1914 Recht und Staat und der Philosophie von beiden gegenüberstanden. Nicht anderes gilt aber von der Wirtschaft. Immer wird freilich der Denker in stiller einsamer Zelle denken, aber warum soll er nicht einmal zur Diskussion mit dem Denker vor einem größeren Kreise hervortreten? Ich meine, daß manche Förderung auch für die Gelehrten selbst aus solchen Dialogen kommt.

Das Ziel, das Josef Kohler der von ihm gegründeten IVR. gab, ist weit, das Programm umfassend. Wie hätte ein Genius wie Josef Kohler sich bescheiden sollen? Er spannte den Rahmen so weit, daß in ihm Rechtsdogmatik, Erkenntnis des positiven Rechts von Gegenwart und Vergangenheit, Rechtsgeschichte, die Forschung nach der Entwicklung des Rechts und den sie bestimmenden Faktoren, Rechtsvergleichung ebenso Raum finden, wie die ausdrücklich ins Programm einbezogene Gesetzgebungspolitik, das Suchen nach dem richtigen Recht der Zukunft, das sich mit der Kritik des Rechts der Gegenwart untrennbar verbindet. Es ist zuzugeben: nicht alles, was da einbezogen wird, ist hohe Rechtsphilosophie, aber — so meinte Kohler und so meinen auch wir mit ihm und nach ihm — alles ist Vorarbeit und ist notwendige Vorarbeit, ehe man nach Antwort auf die letzten Fragen heischen kann. Vor weiter

Gipfelschau steht mühsamer Aufstieg durch ausblickversperrende Felsen. Und der stolze Höhenweg muß erst erklommen werden.

Wem Kohlers Programm zu weit scheint, als daß eine Vereinigung es zu verwirklichen vermöchte, mit dem soll vom Standpunkt der IVR. nicht gerechnet werden. Hier kann nur der Erfolg entscheiden und der liegt in der Zukunft. Wir meinen, daß die Zielsetzung nicht hoch genug sein kann: nur wer nach dem Fernsten strebt, dem fällt als Lohn das Erreichbare zu.

Unser Kongreß bot aus dem Ganzen nur Stückwerk. Er konnte nicht mehr bieten. Nichts wäre unphilosophischer, als sich über die Grenzen des heute Erreichten, ja wohl auch nur Erreichbaren zu täuschen. Der eine wird mit dem nicht zufrieden gewesen sein, was zur Debatte gestellt war, der andere wird damit unzufrieden gewesen sein, daß etwas nicht aufs Programm gesetzt war. Auch dieses Schicksal teilt der Kongreß mit allen Kongressen. Aber keine Lehre soll darum in den Wind gesprochen sein. So wird es sich für die Zukunft wohl empfehlen, nach bewährten Ratschlägen gewisse geschlossene Fragenkomplexe vielleicht in Sektionen erörtern zu lassen. Freilich muß dabei der Gefahr des Auseinanderfallens des einheitlichen Kongresses von vornherein vorgebeugt werden. Wir werden den Beratenden Ausschuß, in den zu unserer Freude neuerdings so hervorragende Gelehrte eingetreten sind, reichlich um Beratung bitten.

Wenn der Kongreß aber methodische Gegensätze, wenn er Widersprüche in grundsätzlichen Fragen aufzeigte, wenn er Unfertiges und Ungeklärtes aufwies, so ist das kein Tadel. Der Kongreß bot vielmehr damit das richtige Spiegelbild der noch gärenden Lage der Rechtsphilosophie von heute und wohl auch von morgen. Kohler hat wiederholt die Wiederkehr der jede Rechtswissenschaft, die sich diesen Ehrennamen beilegen darf, krönenden Rechtsphilosophie in beweglichen Worten geschildert. Ein großangelegter Vortrag hat uns über die Entwicklung der Rechtsphilosophie vornehmlich bei uns seit 1914 belehrt. Und durch fast alle Wechselreden und durch so manche Vorträge zog sich, hinter ihnen stand die eine große, heute wieder allbewegende Frage nach dem Verhältnis des positiven Rechts zum totesagten und doch so kräftig lebenden Naturrecht. Weltanschauungen begegnen sich da. Wie sollte, solange diese gegeneinanderstehen, wie sollte da heute schon Einheit oder auch nur allseitiges Verstehen gegeben sein? Daß die IVR. jeder ernststen wissenschaftlichen Richtung der Rechtsphilosophie offensteht, erwies sich wiederum auf dem Kongresse als fruchtbringender Vorzug. In einer Debatte, die man den Höhepunkten des Kongresses zurechnen darf, stand die Frage von induktiver und deduktiver Methode so lebhaft vor uns, wie das nur möglich ist, wenn wir nicht die Bücher nebeneinander aufgeschlagen vor uns haben, in denen die eine oder die andere Ansicht verfochten wird, sondern wenn wir die Männer vor uns stehen sehen und reden hören, die in jenen Büchern geschrieben. Die Debatte suchte, wenn ich nicht irre, von beiden ringenden Seiten her nach Synthese. Beiden gemeinsam war die Anerkennung der Bedeutung der Tatsachenforschung, des Aufbaues der Rechtsphilosophie auf Dogmatik und Geschichte des Rechts oder, besser gesagt, der Rechte.

Denn wiederum zeigte sich die Rechtsphilosophie als die Überkrönung der positiven Rechte. Wer sie verkennet oder ablehnt, bleibt in der Fülle der Einzelheiten positiver Rechte stecken. Die Rechtsphilosophie allein ist aber imstande, die verbindenden Brücken zu schlagen, den Weg der Zukunft zu zeigen, in den die vielfach sich verschlingenden

Wege der positiven Einzelrechte einmünden müssen, soll anders die Idee von einem Weltrecht nicht von vornherein als eitler Traum von ernster Forschung abgelehnt werden. Zitelmanns immer junger Geist strebte der Verwirklichung dieser Idee nach. Auch er ist in unserer IVR. lebendig. Ein großes Streben nach Rechtsvereinheitlichung durchzieht heute Praxis und Gesetzgebung. Was hier in einem mächtigen Staatswesen geschehen konnte, zeigt Rom in der antiken Welt, zeigte uns ein trefflicher Vortrag über die Rechtsgestaltung im britischen Weltreich. Lassen Sie mich als drittes Beispiel das hinzufügen, das die deutsche Rechtswissenschaft, die Praxis und die Gesetzgebung zutiefst berührt: die deutsche Rechtsvereinheitlichung. Und lassen Sie dazu den Österreicher den Gruß der österreichischen Jurisprudenz zu dieser Tagung aussprechen und die Hoffnung, daß die Rechtsvereinheitlichung, wenn Sie erst bei den Nächststehenden und darum Nächstberufenen in den Grenzen des Möglichen vorbildlich durchgeführt ist, immer weitere Kreise einbeziehe und über den Rechten das Recht erscheinen lasse.

Wir gehen auseinander. Jeder an seine Arbeit. Mögen, wo wir heute und morgen säen, schon Früchte da sein oder doch wachsen, bis wir uns wiedersehen. Möge es unserem Volke, das in schweren Zeiten so viel übrig gehabt hat für Rechts-, Staats- und Wirtschaftsphilosophie, gegönnt sein, im Kreise der anderen Völker zu wirken in Kraft und Frieden für Sittlichkeit und Recht in Staat, Gesellschaft und Wirtschaft. Dann wird auch das in einem Kongreßvortrage so warm vertretene und von der Gesamtheit gebilligte Ziel der Rechtsphilosophie, fürs Leben fruchtbar zu werden, näher rücken. Soll doch auch für diese wie für jede Wissenschaft nicht der tödende Buchstabe Geltung haben, sondern der lebendig machende Geist.

4. Neue ordentliche Mitglieder.

Seit 16. September 1926. Abgeschlossen 15. Dezember 1926.

- Dr. Karl Blomeyer, Oberlandesgerichtsrat a. D., o. ö. Professor der Rechte, Jena, Kochstraße 4;
 Dr. Bracht, Oberbürgermeister, Essen, Rathaus;
 Dr. Traian Braileanu, o. Professor der Soziologie an der Universität, Czernowitz (Cernauti);
 Dr. G. J. van Brakel, Amtsrichter, Rotterdam;
 Gustav Brumby, Rechtsanwalt, Stadtrat z. D., Berlin C 2, Königsstraße 52;
 Dr. jur. Fr. Clausen, Rechtsanwalt und Notar, Bremen, Langenstraße 128—130;
 Justizrat Dr. Julius Cohn, Rechtsanwalt und Notar, Münster i. W., Urbanstraße 7;
 Reichsminister a. D. Dr. phil. Eduard David, M. d. R., Privatdozent für Politik an der Technischen Hochschule, Darmstadt, Heinrichstraße 16;
 Dr. Eugen von Dultzig, Pr. Oberverwaltungsgerichtsrat, Berlin NW 40, In den Zelten 21a;

- Paul H. Emden, Bankier und Handelsgerichtsrat, Berlin W 56, Jägerstraße 40;
- Hans Joachim Engel, Referendar, Berlin W 62, Budapester Straße 19;
- Dr. Stanko Frank, Professor der Rechte an der Universität, Zagreb;
- Dr. Karl Fügart, Notar, Magdeburg, Breiteweg 160/162;
- Rheinisch-Westfälische Gefängnisgesellschaft, Düsseldorf, Metzger Straße 32;
- Dr. Edgar Giesel, Rechtsanwalt, Stettin, Oderhof, Bollwerk 4—5;
- Justizrat Dr. Ludwig Goldmann, Rechtsanwalt, München, Promenadenplatz 5;
- Dr. rer. pol. Alfons Goldschmidt, Universitätsprofessor, Berlin-Grunewald, Douglasstraße 30a;
- Ernst Grosse, Geh. und Oberregierungsrat, Berlin-Friedenau, Wilhelmshöher Straße 18;
- Dr. Berthold Haase, Rechtsanwalt, Berlin W 30, Motzstraße 79;
- Dr. Hans Hamburger, Landgerichtsrat, Berlin-Crunewald, Königsweg 125;
- Dr. Hans Heilbrunn, Rechtsanwalt, Hamburg, Werderstr. 8, II;
- Hellmut Hultsch, Berlin-Schlachtensee, Viktoriastraße 1;
- Dr. Nikola Karaiwanoff, Abteilungsleiter an der Handels- und Industriekammer, Plowdiw (Bulgarien);
- Diplomkaufmann Dr. jur. Dr. rer. pol. Werner Löffler, Volkswirt, R. D. V., Bürgermeister der Stadt Ehrenfriedersdorf i. Sa.;
- Dr. Rudolf Manasse-Morris, Dresden-A., Bamberger Str. 40;
- Dr. Felix Meiner, Verlagsbuchhändler, Leipzig, Kurzestraße 8;
- Sächsisches Ministerium der Justiz, Dresden-N. 6, Hospitalstraße 7;
- von Nell-Breuning, S. J., Düsseldorf, Marienstraße 2;
- Hochschuldozent a. D. Dr. sc. pol. Richard Pape, Syndikus des Reichsverbandes der deutschen Zeitschriften-Verleger, Berlin W 9, Schellingstraße 9;
- Dr. Friedrich Schöndorf, o. Professor der Rechte an der Universität, Breslau 16, Fürstenstraße 92;
- Dr. Ernst Emil Schweitzer, Rechtsanwalt, Berlin W 66, Wilhelmstraße 48;
- Regierungsrat Dr. Sekler, Berlin W 50, Geisbergstraße 11;
- Dr. Heinrich Uth, Rechtsanwalt, Berlin-Wilmersdorf, Prinzregentenstraße 95;
- Dr. jur. O. Th. L. Zschucke, Professor, Volkswirt R. D. V., Berlin W 30, Neue Winterfeldtstraße 27;
- Dr. Otto Zucker, Rechtsanwalt, Wien I, Am Hof 11.

A. Aufsätze.

Platons Rechtsphilosophie in ihren Beziehungen zur Gegenwart.

Von

Professor Dr. jur. **Egon Weiß**, Deutsche Universität P r a g.

Geschichte ist nicht die Aufeinanderfolge von Ereignissen als solchen ohne Rücksicht auf ihren ursächlichen Zusammenhang. Erst dieser vermag den Begriff der Geschichte als eines sinnvollen, menschlicher Betrachtung würdigen Zusammenhanges und Ablaufes von Ereignissen herzustellen.

Versucht man nun von diesem Standpunkte aus die grundsätzlichen Erwägungen der Menschheit über Recht und Staat durchzudenken, will man in ihnen, in ihrer Gesamtheit betrachtet, nicht ein nächtliches Gewühl widerstreitender Meinungen erblicken, so wird darin immer der göttergleiche Platon eine der bedeutendsten Erscheinungen darstellen. Platon ist der erste, der die menschliche Gemeinschaft als solche und die Ordnung ihres Zusammenlebens zum Gegenstande seines Nachdenkens gemacht hat¹⁾. Er ist insbesondere in der mit der Rechtsphilosophie eng zusammenhängenden Staatsphilosophie eine für uns kaum wegzudenkende Voraussetzung des Aristoteles, dessen ungeheurer Einfluß auf die einschlägigen Gedankengänge im Mittelalter und in der Neuzeit kaum überschätzt werden kann. Es soll und kann natürlicherweise damit nicht behauptet werden, daß Aristoteles Gedankengänge Platons übernommen oder gar sich angeeignet habe. Aber es bleibt nichtsdestoweniger wahr, daß die Einreihung des Aristoteles in den geistesgeschichtlichen Verlauf ungleich leichter fällt, wenn wir die Hervorbringungen Platons, seines Lehrers, als eine Vorstufe oder Vorbedingung dazu in dem Sinne betrachten, daß Aristoteles dazu in irgendeinem Verhältnisse, sei es des Gegensatzes oder des weiteren Ausbaues, steht, daß sie aber auf keinen Fall aus dem ursächlichen Zusammenhang weggedacht werden kann.

Gewiß enthält der Satz *post hoc ergo propter hoc* eine arge Übertreibung, indem zeitliches Nacheinander noch nicht das Verhältnis von Ursache und Wirkung bedingt. Aber in den Kreis

¹⁾ Die neuere Literatur zur Staatsphilosophie des Platon und des Aristoteles bei Binder, Philosophie des Rechts 1925, 544 Anm. 123; daraus W. Jaeger, Aristoteles 1923, 271 ff.

der durch den erwähnten Satz gedeckten Fälle wird auch seine Umkehrung Platz finden, daß das zeitlich frühere Ereignis selbst im Gebiete geistigen Lebens eine Vorbedingung des späteren Ereignisses ist oder sein kann.

Wenn demnach die Bedeutung Platons innerhalb der, ich möchte sagen Vorakten unserer gegenwärtigen Anschauungen von Staat und Recht unbestritten und unbestreitbar ist, so ist doch davon die andere Frage getrennt zu halten, ob ihr eine unmittelbare Bedeutung für die Gegenwart zukommt. Kann uns Platon, dieser echt hellenische Mensch, heute noch etwas unmittelbar Beherzigenswertes sagen, oder ist er für uns nur mehr ein Gegenstand wissenschaftlicher Forschung um ihrer selbst willen, die eine Verwertung für die die Gegenwart bewegenden Fragen lediglich als eine nicht erwartete, eigentlich nicht einmal beabsichtigte, manchmal sogar unerwünschte Nebenfrucht empfindet?

Denn ein hellenischer Mensch ist Platon immer geblieben, auch in seiner Rechtsphilosophie. Insofern ist er ein Beweis für den Satz, daß das Recht und die Überzeugung von dem, was Rechtens sein soll, zu den nationalen Hervorbringungen gehört. Geradezu eigenartig berührt uns das Gewicht, welches er auf die richtige Ausgestaltung der Trinkgelage (besonders Gesetze I p. 646d ff.) als einer Schule der Selbstbeherrschung legt. Noch bezeichnender ist der Aufbau des Werkes über die Gesetze. Die Erörterung wird nur zwischen dem Kreter Kleinias, dem Spartaner Megillos und dem athenischen Gastfreunde, hinter dem sich Platon selbst verbirgt, geführt; andere als diese Vertreter griechischer Auffassung von Staat und Recht gelangen überhaupt nicht zu Worte. Während der Westen, insbesondere Italien, noch nirgends einen Gegenstand der Erörterung bildet, geschieht freilich des Perserreiches im dritten Buch immerhin als eines Vertreters der monarchischen Staatsform Erwähnung (p. 693 d, c). Aber, so fährt der Schriftsteller fort, gegenwärtig ist seine Verfassung im Sinne einer Versklavung der Bevölkerung entartet, so daß es eigentlich doch von der Erwägung ausscheidet, ebenso wie sein Gegenstück, die attische Demokratie zugunsten Kretas und Lakedaimons. Die seit Protagoras in dem staatswissenschaftlichen Schrifttum verhandelte Frage nach der besten Staatsform unter den gegenwärtig wirklich geltenden Verfassungen^{1a)}, wobei z. B. bei Herodot III 80 die Monarchie als Sieger hervorgeht, findet der Verfasser sich nicht vorzulegen.

^{1a)} Quellen und Schrifttum Weiß, Griechisches Privatrecht I, 121 Anm. 263.

Daß sich die insbesondere in den Gesetzen aufgestellten Rechtsnormen im einzelnen vielfach mit dem attischen Recht berühren, darf als bekannt vorausgesetzt werden, obwohl über das Ausmaß und die Systematik dieser Entlehnung gegenwärtig noch keine vollkommene Einigkeit besteht. Bezeichnend für die Stellung des Verfassers zur attischen Gesetzgebung ist z. B. die Beschränkung in Erwerb und Veräußerung des Grundeigentums, des wichtigsten Produktionsmittels der Zeit (Gesetze V 744 d). Dies deckt sich mit der solonischen Gesetzgebung, die in unserer Überlieferung bereits dem Aristoteles (Pol. II 7 p. 1260 B 17) bekannt war; ähnliches ist uns aus anderen griechischen Gemeinden, doch wohl als Rückstand des urzeitlichen Kollektiveigentums, bei den Griechen bekannt²⁾, wenngleich die Überlieferung über die solonischen Gesetze mit unserem Verfasser am nächsten übereinstimmt.

Es gibt sogar Punkte, wo Platon anscheinend selbst hinter seiner eigenen Zeit zurückbleibt, wo indes jedenfalls die spätere Entwicklung weit über ihn auch im griechischen Recht hinausgegangen ist. So lehnt der Verfasser (Ges. XI p. 915 d, e) den Kreditkauf ab. Nur der Barkauf soll gelten. Das Zustandekommen des Kaufes durch Willensübereinstimmung wird als Form der Begründung gegenseitiger Forderungsrechte ausgeschlossen, letztere klaglos gestellt. Die neuere Forschung hat gezeigt, daß sich Platon damit, soweit es an ihm lag, einem weltgeschichtlichen Fortschritt in den Weg gestellt hat. Wir können z. B. im römischen Recht einen Rechtszustand nur erschließen, finden ihn aber in unserer Überlieferung nicht mehr lebendig, wo die Mancipatio die alleinige Form des Kaufgeschäftes war und die *emptio venditio* noch keine Klage erzeugte. In Hellas findet sich eine der platonischen analoge Stellungnahme bei Charondas, dem Gesetzgeber Unteritaliens (Theophrast, florileg. XLIV 2; Hensel IV 130, 23), der etwa hundert Jahre vor Platon gelebt hatte. Wir können im griechischen Rechte wohl verfolgen, wie zunächst die Hingabe eines Angeldes statt des ganzen Kaufpreises erfordert wird, um die Klagbarkeit des Kaufvertrages herbeizuführen³⁾. Ganz alte Anschauungen liegen

²⁾ Weiß unter Kollektiveigentum in der Realenzyklopädie von Pauly-Wissowa-Kroll XI 1085.

³⁾ Diakaiomata P. Hal. 1 Z. 255, inzwischen vielfach verbessert, z. B. Partsch, Freiburger Sitzungsberichte 1916, 10, 18. Vgl. auch Preisigke, Berichtigungsliste 464. Platon und die Entstehung des griechischen Testaments Bruck, Z. S. der Savigny-Stiftung XXXII 1911, 353 ff.

zugrunde, wenn wir im Strafrecht bei Platon noch von Tierprozessen und der Verurteilung unbelebter Sachen hören⁴⁾.

Aber der Dichter sagt:

„Alles Vergängliche ist nur ein Gleichnis.“

Damit soll in diesem Zusammenhang gesagt sein, daß jede wirkliche geistige Hervorbringung in sich ein überzeitliches Element enthält. Ungeachtet dessen, was sie aus den besonderen Umständen ihrer Entstehung an sich trägt, wird immer ein Korn von allgemein menschlicher, über Raum und Zeit erhabener Geltung zurückbleiben. Je größer das Ausmaß des Aufwandes an wirklicher geistiger Kraft ist, desto größer wird auch Das sein, was einer Bindung an Zeit und Entstehungsraum widerstrebt. Von diesem Gesichtspunkte aus enthält auch die platonische Rechtsphilosophie noch für die Gegenwart beträchtliche und beachtliche Sätze.

I.

Rechtsphilosophische Äußerungen finden wir wohl in allen Werken Platons, aber die Hauptquelle seiner einschlägigen Anschauungen ist doch wohl die Politeia oder der Staat, der Politikos oder Staatsmann und vor allem die Nomoi oder Gesetze. Letztgenanntes Werk ist, wenn man den allgemeinen Satz gelten läßt, daß auch im menschlichen Leben ein Fortschritt in der Erkenntnis stattfindet, für uns die wertvollere Quelle; manches, wie z. B. die teilweise kommunistische Gesellschaftsverfassung der leitenden Stände in der Politeia ist in den Nomoi überwunden.

Diese platonische Rechtsphilosophie ist nun ausschließlich Staatsphilosophie. Sie ist es schon dem äußeren Anlasse nach; denn in der Politeia sowohl als in den Nomoi handelt es sich um Neugründung, insbesondere Einrichtung einer Kolonie⁵⁾. Ein gewaltsamer Umsturz liegt außerhalb des platonischen Gedankenanges⁶⁾. Erst diese Staatsgründung gibt den Anlaß zu den sonstigen rechtsphilosophischen Erörterungen. — Die platonische Rechtsphilosophie ist aber auch insofern Staatsphilosophie, als der Staat, die Gesamtheit, nicht etwa der Einzelne im Vordergrund steht. Hierbei wird der Staat nicht als Wohlfahrtsstaat, sondern im Verhältnis nach außen unter dem Gesichtspunkt der Selbstbehauptung, also der Staat als Selbstzweck gefaßt.

Freilich hat aber dieser Staat doch einen ihn tragenden Grundgedanken. Es ist der der Gerechtigkeit, eudaimonistisch doch

⁴⁾ Platon Ges. IX p. 873 e, dazu Weiß, Griechisches Privatrecht I S. 141 f.

⁵⁾ Vgl. dazu Gomperz a. a. O. 493.

⁶⁾ Pol. VI p. 502.

wohl in weiterem Zusammenhang auf dem sokratischen Satz begründet: Die Gerechtigkeit beglückt den Gerechten⁷⁾. Dieser Grundgedanke wird wieder verkörpert und findet seinen Ausdruck in der Gesetzmäßigkeit. Damit kreuzt sich indes bei der Begründung der Gerechtigkeit eine zweite Gedankenkette. Die Gerechtigkeit wird hier nun nicht auf einen, dem Menschen nach dieser Richtung innewohnenden Trieb, eine ihm innewohnende Veranlagung zur Gerechtigkeit begründet, sondern auf den Machttrieb. Niemand ist aus freien Stücken gegen seinen Nächsten gerecht⁸⁾. Daß die Gerechtigkeit als Grundlage des Zusammenlebens angenommen wird, beruht vielmehr auf einem durch den gegenseitigen Nutzen nahegelegten Vertrag, den wir Staats- oder besser noch Gesellschaftsvertrag nennen können, einander nach keiner Richtung Unrecht zu tun (*Politeia* II 359 A; 331 E). Daß der Ungerechte kein Ansehen genießt, besonders im Alter, dieser Grund ist dem erstgenannten gegenüber von minderer Bedeutung⁹⁾. — Gleichzeitig findet der Verfasser, daß sich dieser Vertrag in Gesetzen auszusprechen habe, in ihnen seine äußere Verwirklichung findet. Neben das Gesetz wird als aus-hilfsweise Regelung der bürgerliche Vertrag gesetzt, beides übrigens mit dem gleichen Worte bezeichnet. Es hängt damit zusammen, daß die Verwirklichung der Gerechtigkeit vom Staate, nicht vom Einzelnen erwartet wird. Die richtige Einsicht kann der Mehrheit überhaupt niemals zuteil werden. Daher ist auch die Begründung der Gerechtigkeit auf das allgemein Zuträgliche, das allen Nützliche ausgeschlossen, weil die Menge das ihr wirklich Zuträgliche leicht verkennt. Auch die Zustimmung der Beherrschten hält der Verfasser des Politikos für belanglos, wenn die Frage zu entscheiden ist, ob die Führung der Staatsgeschäfte zu billigen sei. Daß darin eine Ablehnung der formalen Demokratie liegt, sollte nicht geleugnet werden. Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, daß der Verfasser seinen Staat auf allgemein menschliche Qualitäten aufbaut. Ein historisches Recht bloß um seiner selbst willen zu schützen, ohne Rücksicht auf die Wohlfahrt derer, die es angeht, oder gar die bloße Gewalt zu vertreten, liegt Platon ferne.

Die Schwäche dieser Erwägungen liegt darin, daß zunächst der erwähnte Staats- oder Gesellschaftsvertrag nicht nachweisbar ist, weder als geschichtliche Tatsache, noch auch aber als eine gegenwärtige, in dieser Richtung liegende Willensüberein-

⁷⁾ Belege bei Gomperz a. a. O. 55, 356, 490.

⁸⁾ *Pol.* II p. 360 c

⁹⁾ *Pol.* X 613 d.

stimmung. Ferner ist es mit den Tatsachen in Widerspruch, daß der Staat allein die Übung der Gerechtigkeit, ihre Verwirklichung in der Außenwelt zu verbürgen vermag. Der Rechtsgehorsam ist dabei als rechtssichernder Umstand ganz außer acht gelassen. Der Kern an dauerndem Gehalt liegt in der genauen Inbezugsetzung der höchsten menschlichen Gemeinschaft mit ihrer Äußerung im Gesetz zur Gerechtigkeit und in der Abkehr vom reinen Machtgedanken. Verselbigung der Gerechtigkeit mit dem Nutzen des Stärkeren wird ausdrücklich abgelehnt¹⁰⁾.

Wie schon bemerkt, gilt Platon das Gesetz als Ausfluß und Äußerung der Gerechtigkeit. In der Darstellung dieser Fragen gelangt Platon zu ganz modernen Problemstellungen. Ich meine jenen Inbegriff von Fragen, die man als Freirechtsbewegung bezeichnen. Versucht man sie auf eine kurze, zwar nicht erschöpfende, aber doch das Wesentliche herausarbeitende Fassung zu bringen, wobei insbes. die Referate von Brie und Reichel auf dem Ersten Kongreß für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie zum Ausgangspunkt genommen werden können^{10a)}, so läßt sich sagen, daß diesbezüglich zu fragen ist:

Ist der Richter an das Gesetz gebunden, auch wenn dessen Regelung nach seiner Auffassung dem Gerechtigkeitsideal widerstrebt?

Darf der Richter die Entscheidung nur dem Gesetz entnehmen, etwa derart, daß die Entscheidung auch dann auf das Gesetz gestützt werden muß, wenn das Gesetz keine den vorliegenden Fall treffende Entscheidung enthält (Lückenlosigkeit des Gesetzes)?

Hinter beiden Fragen liegt eine Tatsache, der sich niemand verschließen sollte, der über Fragen des Rechtes von einem höheren Standpunkte aus nachdenkt, insbesondere aber, wer in welcher Form immer zur Mitwirkung an der Gesetzgebung berufen ist.

Selbstverständlich hat der Gesetzgeber — oder genauer jeder mann, der am Zustandekommen des Gesetzes mitwirkt, die Absicht, das betreffende Lebensverhältnis erschöpfend, und wie dies seiner Überzeugung entspricht, sachgemäß, das heißt gerecht zu ordnen. Was für das einzelne Lebensverhältnis gilt, gilt natürlich erst recht, wenn es sich darum handelt, einen ganzen Umkreis von Lebensverhältnissen, z. B. das gesamte bürgerliche Recht zu erfassen. Die Vollständigkeit des Gesetzes als Ziel findet ihre Grenze nur daran, daß das betreffende Rechtsgebiet, die be-

¹⁰⁾ Politeia I p. 338 C.

^{10a)} Abgedruckt diese Z. S. III 1909/10, 526 ff.

treffende Rechtsfrage dem Gesetzgeber noch nicht genügend klar erkannt zu sein scheint, so daß er dessen Regelung einem Sondergesetz oder dem Gerichtsgebrauch überläßt. Aber davon abgesehen, kann sich der Gesetzgeber nicht verhehlen, einmal, daß die Zukunft rechtliche Verhältnisse oder Tatsachen hervorbringen kann, die ihm unbekannt geblieben sind, und die er demnach in seinen allgemein lautenden Vorschriften ungeregelt ließ, Tatsachen, die die allgemein lautende Vorschrift nicht umspannen kann, weil ihr Urheber den Tatbestand nicht gekannt hat, während doch der Einzelfall eine Regelung verlangt. Man denke daran, wie das BGB. zum Rundfunk oder zur Luftschiffahrt, zum Flugwesen steht. Der Gesetzgeber kann sich überhaupt keine Vorstellung davon machen, wie die Nachfahren, wie Wissenschaft und Rechtsprechung seine Gedanken in die Wirklichkeit umsetzen werden. Es ist oft gesagt worden, daß z. B. den mit der Ausarbeitung des BGB. betrauten Kommissionen unmöglich gegenwärtig sein konnte, welche Bedeutung für uns, innerhalb unseres Rechtsganzen die bereits im Entwurf I § 705 erscheinende Vorschrift des § 826 über die Schadenzufügung gegen die guten Sitten haben wird. Es ist diesbezüglich noch ein Glücksfall, wenn sich das Gesetz in der Wirklichkeit des Rechtslebens nach der Absicht des Gesetzgebers auswirkt, wie dies hier geschehen ist. Es ist auch das Gegenteil möglich; es kann eine Vorschrift von höchster allgemeiner Bedeutung durchaus wirkungslos sein. Ich darf hier wohl auf das geltende österreichische Recht verweisen. Während des Weltkrieges ergingen zum ABGB. von 1811 drei Nachtragsverfügungen, die sogenannten Drei Teilnovellen. Hier wurde nun unter anderem eine neue Bestimmung über die Auslegung von Verträgen (§ 914, III. T N. § 102) eingeschaltet, die den Richter anwies, den Vertrag „so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht“. Die Motive verweisen (S. 151) auf die „suggestive Kraft mancher Sätze des Deutschen BGB.“, und führen in diesem Zusammenhang §§ 133, 151, 242 BGB. an. Während es sich hier aber um eine Reihe der einflußreichsten Bestimmungen des BGB. handelt, ist die neue Fassung des § 914 gänzlich unter den Tisch gefallen und ohne den geringsten Einfluß auf das Rechtsleben geblieben, wozu freilich auch die mehr als zaghafte Fassung der Motive beiträgt.

Noch wichtiger ist in diesem Zusammenhange folgendes: Der Gesetzgeber, vom Idealbilde der Gerechtigkeit geleitet, stellt die Regel auf. Ob er im Einzelfall, in dem sie angewandt wird, dadurch das Ideal verwirklicht, weiß er nicht. Denn auch das Gerechtigkeitsideal hat den Inhalt, den ihm das Zeitalter gibt, worin

es sich auswirken soll. Der Gesetzgeber kann, wie es das BGB. tut, die Verwaltungsgemeinschaft zum gesetzlichen Ehegüterrechtssystem erklären. Dies setzt ein ganz bestimmtes, allgemein oder doch in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle vorliegendes Verhältnis von Mann und Frau, ganz bestimmte Eigenschaften des weiblichen Geschlechtes und ganz bestimmte soziale und Erwerbsverhältnisse voraus, wie sie um 1890 herum im Deutschen Reich herrschten, wenngleich man sie schon damals nicht als ausschließlich bezeichnen konnte. Inzwischen haben sich alle Voraussetzungen des ehelichen Güterrechtes gewandelt, aber das Gesetz gilt fort. Daß der Gesetzgeber heute noch diese Regelung treffen sollte, darf als sehr unwahrscheinlich gelten. Die aus dem gegebenen Anlasse aufgezeigten Mängel sind allgemeine Gebrechen des Versuches, eine unbestimmte und im einzelnen unüberblickbare Anzahl von Einzelfällen und Einzelstatbeständen, geleitet von dem Ideal der Gerechtigkeit, wie es der Gesetzgeber bei der Abfassung des Gesetzes sieht, durch eine ein- für allemal feststehende Regel zu ordnen. Auch dies ist eine Seite des Widerspruches zwischen Ideal und Leben.

Eine einheitliche Lösung des Widerspruches ist noch nicht gefunden. Sieht man die Rechtsentwicklung als eine Einheit, so sind Strömungen und Gegenströmungen unverkennbar. Hat das Deutsche Reichsgericht den Satz $\text{Mark} = \text{Mark}$ längst verlassen, so steht der österreichische Oberste Gerichtshof trotz eines gleichfalls der Vernichtung gleichkommenden Währungsverfalls (auf 1/14,400) noch immer auf dem Standpunkte: Krone gleich Krone.

Es ist nicht allzu lange her, daß wir begonnen haben, über diese Dinge im Zusammenhange nachzudenken, daß wir uns darüber klar geworden sind, daß auch das bestgemeinte und bestgefaßte Gesetz nur einen Annäherungswert an die Absicht des Gesetzgebers darstellt. Um so beachtlicher ist es, was Platon bereits darüber zu sagen weiß. Platon ist sich über die hier erörterten Probleme ihrem vollen Umfange nach klar geworden. Die einschlägigen Ausführungen stehen im Politikos, im Dialog über den Staatsmann¹¹⁾. Dort sagt Platon ausdrücklich, daß das Gesetz dem Einzelfall nicht gerecht wird, sondern die Unangemessenheit seiner Anwendung darauf gegebenenfalls in Kauf nimmt. Der Verfasser vergleicht den Gesetzgeber mit einem Arzt, der einem Kranken Vorschriften für die Zeit erteilt, wo er selbst abwesend sein wird. Kehrt der Arzt zurück und findet er, daß die Vorschreibung sich nicht bewährt hat, so wird er gewiß

¹¹⁾ p. 294 C; 300 B.

kein Bedenken tragen, die Vorschreibung zu ändern. Dabei schwingt die Vorstellung mit, daß der Gesetzgeber sogar selbst außerstande ist, das einmal erlassene Gesetz zu ändern — eine im griechischen Recht häufig begegnende Vorschrift¹²⁾). Trotzdem tritt Platon für die Gesetzgebung ein; er sieht im Gesetz „die Frucht langer Erfahrung und das Werk achtbarer Ratgeber“, wie er sich ausdrückt, und demnach ein Gut von dauerndem, wenngleich nicht unbedingtem Wert, der auf der Person des Hervorbringers, eben des antiken Gesetzgebers beruht. Es mutet ganz modern an, wenn weiterhin verlangt wird, daß die Staatsorgane die gleichen Anschauungen haben und stets behalten, von ihnen auch wirklich durchdrungen sein sollen, wie sie der Gesetzgeber hatte, als er das Gesetz erließ¹³⁾). Von da aus gelangt Platon zum Erfordernis einer systematischen Kenntnis der Gesetze und der sich daran knüpfenden praktischen Erfahrungen, mit anderen Worten einer systematischen Ausbildung des zukünftigen Richters in der Rechtswissenschaft¹⁴⁾). Wenn man bedenkt, daß das damalige attische Recht überhaupt Rechtskenntnis vom Richter nicht verlangt hat¹⁵⁾, daß die Heranbildung des Juristenstandes in Rom eigentlich noch im letzten Jahrhundert der Republik durchaus gelegentlich, dilettantisch und unmethodisch vor sich ging, wird erst der gewaltige Fortschritt, den Platos Forderungen bedeuten, klar.

II.

Innerhalb der inneren Einrichtung des Staates sind zwei Gedankengänge von wesentlicher Bedeutung. Einmal der Gedanke der Teilung der Gewalten, weiter der Amtsbegriff. Beides bedeutet sowohl einen wesentlichen Fortschritt gegenüber dem bisherigen rechtsphilosophischen und staatswissenschaftlichen Denken der Griechen als auch das erste Aufkommen einer für die weitere Entwicklung bis in die Gegenwart höchst bedeutsamen Vorstellung.

Die Gewaltenteilung und ihre Notwendigkeit wird von Platon damit begründet, daß die menschliche Art der Ausübung absoluter und unverantwortlicher Gewalt nicht gewachsen ist. Für die Staatstheorie und die Staatsbildung stehen vier Typen zur Aus-

¹²⁾ Weiß, Griechisches Privatrecht I 73 ff.

¹³⁾ Platon *Politeia* VI, 497 C; D; III, 412 A; IV, 423 E; vgl. auch XII, 957.

¹⁴⁾ *Nomoi* XII, 957 B; C.

¹⁵⁾ ZS. der Savigny-Stiftung XXXIII 1912, 216; Kübler *Römische Rechtsgeschichte* 136 ff.

wahl¹⁶⁾: Demokratie, Oligarchie, Aristokratie und Königtum, oder wie wir sagen würden, die Monarchie. In diesem Zusammenhang wird auf Lakedaimon verwiesen, und bemerkt, daß die dortige Verfassung, vornehmlich durch das Nebeneinander eines lebenslänglichen Königtums mit demokratischen Elementen und Einrichtungen keiner einzigen der genannten Typen unterfalle; das gleiche soll beiläufig bemerkt von Knossos auf Kreta gelten. Gerade dies, die Ablehnung einer einzigen, im Staate herrschenden Gewalt, wie sie die erwähnte begriffliche Gliederung in die vier Typen in den Vordergrund stellt, soll das Richtige sein¹⁷⁾. Es wird ebenso die absolute Herrschergewalt, wie die absolute Freiheit der attischen Demokratie als zur Zügellosigkeit und Auflösung aller sozialen Verbände, einschließlich selbst der Verneinung der sich aus dem Staatsverband ergebenden Verpflichtungen entartet, abgelehnt. An deren Stelle klingt bei Platon wohl das Schlagwort des vierten Jahrhunderts von der *πάτριος πολιτεία* der Perserkriege an¹⁸⁾; gegenüber den geschilderten Entartungserscheinungen soll der zu gründende Staat frei in sich einträchtig und von Einsicht erfüllt sein¹⁹⁾.

Man wird die Ausführung dieser Grundgedanken im einzelnen vermissen. Uns fehlt ein Nachweis, inwiefern die Staatsverfassung in ihrer Durchführung wirklich, um mich so auszudrücken, herrschaftliche und genossenschaftliche Elemente in sich vereinigt. Für das Bedürfnis seiner Zeit hat der Verfasser dennoch seinen einschlägigen Standpunkt vertreten. Es handelt sich vornehmlich um die Bestimmungen des sechsten Buches der Gesetze über Wahl und Wirkungskreis der Beamten. Die reine Volksherrschaft, das, was unserem heutigen Volksbegehren entspräche, wenn es auch das Recht zur Beratung und die Gerichtsbarkeit durch das Gesamtvolk einschlösse, wird ausgeschlossen. Das Volk hat das Wahlrecht, übrigens ein höchst verwickeltes und abgestuftes Wahlrecht, weiter nichts. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall — darin steht der Verfasser unter dem Einfluß der zu seiner Zeit geltenden demokratischen Staatsordnung und ihrer Auswirkungen — wenn das Wohl des gesamten Gemeinwesens in Frage steht²⁰⁾, also vornehmlich in politischen Prozessen. Doch soll auch hier

¹⁶⁾ Nomoi IV p. 712 E.

¹⁷⁾ Nomoi IV p. 713 A.

¹⁸⁾ Nomoi III p. 698 B. *πολιτεία τε ἦν παλαιὰ καὶ ἐκ τιμημάτων ἀρχαί τινες τεττάρων*

¹⁹⁾ Nomoi III p. 701 D.

²⁰⁾ Nomoi VI p. 767, B. *δύο δὲ τῶν λοιπῶν ἔστω κριτήρια, τὸ μὲν, ὅταν τις τινα ἰδιώτην ἰδιώτης ἐπαιτιώμενος ἀδικεῖν αὐτὸν ἄγων εἰς δίκην βούληται διακριθῆναι, τὸ δὲ, ὅποταν τὸ δημοσίον ὑπὸ τινος τῶν πολιτῶν ἡγῆται τις ἀδικεῖσθαι καὶ βουληθῇ τῷ κοινῷ ἀδικεῖν.*

das Volk nur das Recht haben, die Einleitung des Verfahrens zu beschließen und die endgültige Entscheidung zu fällen. Es ist zu bemerken, daß die Gerichtshöfe jedem Staatsbürger zugänglich sind, das Berufsrichtertum wird demzufolge als der allgemeinen Anteilnahme am Staate abträglich nicht aufgenommen²¹⁾.

Gerade diese Idee der Verteilung der Gewalten ist schon von Aristoteles unter Festhaltung des Grundgedankens in ihrer äußeren Verwirklichung angefochten worden. Es scheint bisher übersehen oder doch nicht richtig gewürdigt zu sein, daß Aristoteles in seiner Schilderung der Abfolge der attischen Verfassungen seit der Drakontischen in der Schrift über den Staat der Athener unserem Verfasser unter Benützung von dessen eigener Ausdrucksweise widerspricht²²⁾, obwohl Platon sich sogar auf den Eingang einer solonischen Elegie²³⁾ berufen konnte. Immerhin hat aber auch Aristoteles den Grundgedanken der erforderlichen Beschränkung der einzelnen Gewalten im Staate aufgegriffen. Montesquieu, durch den diese Lehre in den Kulturkreis der neuzeitlichen Nationen eintrat, beruft sich dafür einmal auf Aristoteles, dann auf Polybios und seine Schilderung der römischen Verfassung, welche letztere Schilderung wieder auf die schon erwähnte Bemerkung über die lakedämonische Verfassung zurückgeht²⁴⁾.

Innerhalb der Gedankenreihe der Gesetze tritt der Amtsbegriff oder genauer der Beamtenbegriff stark zurück. Von um so größerer Bedeutung ist er innerhalb der Politeia. Es darf als bekannt vorausgesetzt werden, daß der platonische Staat zwei leitende Stände hat. Wächter und Philosophen. Beide werden ihrem Stande entsprechend vorgebildet; während den Wächtern der Schutz des Staates obliegt, haben die Philosophen die eigentliche Regierung, die vom Verfasser mit der Ausbildung königlicher Gewalt gleichgehalten wird. Diese beiden Stände leben untereinander in Gütergemeinschaft und sind im allgemeinen vermögensunfähig²⁵⁾. Sie sollen persönlich weder Haus noch Feld, noch irgend eine Habe besitzen, sondern ausschließlich auf das Entgelt ihrer Tätigkeit, das ihnen in der Form öffentlicher Ver-

²¹⁾ Nomoi VI p. 768 B.

²²⁾ Man vgl. Aristoteles. *Ath. pol.* 9: κύριος γὰρ ὢν ὁ δῆμος τῆς ψήρου κύριος γίγνεται τῆς πολιτείας und das dem Vorangehende mit Platons Schilderung der Solonischen Verfassung Nomoi III p. 700 A: οὐκ ἦν, ὃ φίλοι, ἡμῖν ἐπὶ τῶν παλαιῶν νόμων ὁ δῆμος τινῶν κύριος.

²³⁾ Fragm. 5 B bei Aristoteles *Ἀθηναίων πολιτεία* XII.

²⁴⁾ *Esprit des lois* XI, 6 ff., bes. XVII am Ende; Aristot. *Pol.* IV, 8 p. 1293 B 33; Polyb. VI 11, 11 f., die Zusammenstellung nach G o m p e r z a. a. O. 492.

²⁵⁾ *Politeia* III p. 416 D; V, 464 B, c.

pflegung gereicht wird, angewiesen sein. Dies wird dann dahin ausgedehnt, daß die leitenden Stände auch ehelos leben, und als Zweck alles dessen wird hingestellt, daß sie sich derart dem öffentlichen Wohl ausschließlich widmen können. Gewiß sind damit idealistische Forderungen bis zur Weltfremdheit aufgestellt. Trotzdem wirken sie auf uns nicht mehr so überraschend, als sie vermutlich auf die gewirkt haben, die sie zum ersten Male lasen. Denn so steckt in ihnen ein berechtigter Kern, daß der Dienst am Gemeinwesen das Verknüpft- und Verflochtensein mit materiellen Belangen notwendig ausschließt. Wir wissen heute, daß dieser von Platon erfaßte Gedanke inzwischen mehrfach versucht hat, sich durchzusetzen. Noch in letzter Zeit wäre auf die in mehreren Staaten ergangenen Unvereinbarkeits(Inkompatibilitäts)gesetze hinzuweisen, wonach die Führung gewisser, sich als solcher besonders scharf darstellender Erwerbsgeschäfte, wie die Verwaltungsrats- und Vorstandsstellen bei Aktiengesellschaften, mit der Stelle eines Abgeordneten unverträglich ist und für unvereinbar erklärt wird. Selbst das Erfordernis der Ehelosigkeit ist inzwischen von der römisch-katholischen Kirche in der Form des Zölibates der Geistlichen durchgeführt worden. Ähnliches ist bei Offizieren seit der Monarchie Friedrichs des Großen an mehrfach versucht worden.

III.

Platons Rechtsphilosophie bleibt indes nicht in den allgemeinen Zusammenhängen stecken, sondern er geht auch auf die einzelnen Sonderrechtsgebiete ein. Betreffs des bürgerlichen Rechtes ist schon oben bemerkt worden, daß sich der Verfasser hier im allgemeinen an die attische Gesetzgebung seiner Zeit anlehnt. Die Ansätze zur Weiber- und Kindergemeinschaft in der Politeia sind im späteren Werk, den Nomoi überwunden.

Im Strafrecht hat Platon bereits das Grundproblem erfaßt, den Strafzweck. Im Gorgias, also einem Werk, das jedenfalls hinter den eigentlichen rechtsphilosophischen Arbeiten weit zurückliegt, ist der Verfasser für den Besserungszweck eingetreten²⁶⁾. Im Protagoras hören wir von der Abschreckung als Strafzweck²⁷⁾. Anders in den Gesetzen. Beide Strafzwecke erheischen Beachtung. Wer, wie der Philosoph sagt, heilbar ist, soll durch die Strafe gebessert, andere sollen, wenn möglich, unschädlich gemacht werden. Daher ist Platon auch ein Anhänger der Todes-

²⁶⁾ p. 525 B; C. Damit im Widerspruch der Eingang des Dialoges p. 460 B. Gomperz a. a. O. 505.

²⁷⁾ Gomperz, 247.

strafe, übrigens auch langfristiger Gefängnisstrafen²⁸⁾. Andererseits kennt Platon nur die Zweckstrafe; eine Begründung der Strafe auf das Erfordernis immanenter Gerechtigkeit ist dem Verfasser sichtlich ganz fremd.

Überraschend modern ist Platon indes im Zivilprozeß. Er hat dort Fragen aufgeworfen und, wie ich meinen möchte, sogar glücklich gelöst, die uns noch heute beschäftigen, ohne daß diesbezüglich allgemeine Übereinstimmung erzielt worden wäre. Er ist zunächst von der Wichtigkeit des Zivilprozesses als Staatsaufgabe durchdrungen; er stellt es unmittelbar in Abrede, daß ein Staat ohne ausreichende Gerichtsbarkeit möglich ist²⁹⁾. Nach unseren geschichtlich geläuterten Begriffen wird damit ein an und für sich richtiger Gedanke von der Bedeutung der Rechtspflege im modernen Staat, den antiken zur Zeit Platons eingeschlossen übertrieben. Wir können uns sehr wohl Zustände vorstellen, wo der Staat die Gerichtsbarkeit ganz oder zum großen Teil anderen Verbänden, gegebenenfalls selbst Schiedsvereinbarungen der Privaten überläßt. — Sehr beachtenswert ist, was über den Richter gesagt wird. Daß er als an das Gesetz gebunden gedacht wird, ist schon früher erwähnt worden³⁰⁾. Viel wesentlicher ist, daß ihm ganz ebenso wie in den modernen Prozeßgesetzbestrebungen die Prozeßleitung übertragen wird. Wiederholt werden die „stummen Richter“ abgelehnt³¹⁾, der Richter wird zur Tätigkeit angewiesen, insbesondere zum oftmaligen Abhören der Parteien³²⁾. Dadurch, durch den unmittelbaren Verkehr, sollen Zweifel, Bedenken und Ungewißheiten beseitigt werden, um ein sicheres und richtiges Urteil zu ermöglichen. Andererseits ist die Partei verpflichtet, vor Gericht persönlich zur Aufklärung des Sachverhaltes zu erscheinen und die an sie gestellten Fragen zu beantworten³³⁾. Unrichtige Angaben der Zeugen machen ihn schadenersatzpflichtig³⁴⁾. Auch sonst bewegt sich der Verfasser in modernen Gedankengängen, so wird die Mitwirkung eines Richters bei der Entscheidung abgelehnt, der als Zeuge einvernommen worden ist³⁵⁾. Im Gegensatz zu dem sonst einer

²⁸⁾ Besserungszweck (Tempelraub durch Sklaven) Nomoi IX p. 854 D; unmittelbar darauf Abschreckungszweck (Tempelraub durch den höher gebildeten Bürger) in E. Grundsätzlich wird die Unterscheidung gerechtfertigt p. 862 C; D; E.

²⁹⁾ Nomoi X p. 908 A.

³⁰⁾ Bes. Nomoi XII p. 957 C.

³¹⁾ Nomoi VI p. 766 D; IX p. 876 B; XII p. 957 B.

³²⁾ Nomoi VI p. 766 D; E.

³³⁾ Nomoi XII p. 956 E.

³⁴⁾ Nomoi XI p. 936 E.

³⁵⁾ Nomoi XII p. 937 a.

Anfechtung durch ordentliche Rechtsmittel nicht mehr ausgesetzten antiken Urteil, sind seine Gerichte in drei Rechtszüge (Instanzen) gegliedert, überflüssige Rechtsmittel durch Androhung von Mutwillensstrafen — wiederum ein ganz moderner Gedanke —, hintangehalten.

Überlegt man das hier über Platon als Rechtsphilosophen Gesagte, so wird es keinem Zweifel unterliegen, daß seine Schriften eben darin ihre Lebenskraft bewähren, daß sie auch auf diesem Gebiete eine Reihe gegenwärtig noch beachtlicher, bedenkenswerter Äußerungen enthalten:

Die unbegreiflich hohen Werke sind herrlich
wie am ersten Tag.

Spinoza.

Gedanken anlässlich seines 250. Todestages (21. 2. 1927).

Von

Kurt Sternberg, Berlin.

„De mortuis nil nisi bene“ lautet ein altes Wort. Dennoch ist es sehr die Frage, ob man einem großen Menschen und seinem Werk nicht mehr gerecht wird und sein Andenken in einem tieferen Sinne nicht stärker ehrt und höher preist, wenn man außer den Vorzügen auch die Schwächen offen aufdeckt. Jedenfalls würden weder echte historische Forschung noch vorurteilslose sachliche Stellungnahme möglich sein, wollte man wirklich über die Toten nur Gutes reden. Nicht darauf kommt es an, daß Gutes, sondern darauf, daß gut, d. h. in diesem Falle wahr, geredet wird, und zwar sowohl über die Licht- wie auch über die Schattenseiten. Die letzteren sind bei der spinozistischen Philosophie nicht gering, und wenn sie es trotzdem nicht verhindern konnten, daß diese Philosophie noch heute lebendig ist und fraglos auch noch in Jahrhunderten lebendig sein wird, so hat das sicherlich seinen guten Grund. Dieser Grund liegt darin, daß das System Spinozas einen ganz bestimmten philosophischen Typus repräsentiert, daß der Spinozismus eine eigenartige, eigentümliche Denkrichtung, Geisteshaltung, ist. Um das zu erkennen, ist es gleichgültig, an welches seiner Stücke man herantritt. Hier erscheint es als das Gegebene, den

Ausgangspunkt bei der Rechts- und Staatstheorie zu nehmen, welcher Spinoza einen nicht unbeträchtlichen Teil seiner Untersuchungen gewidmet hat.

Als Sohn des 17. Jahrhunderts ist Spinoza Naturrechtler, und zwar ist die Art, auf die er das Naturrecht auffaßt, zum großen Teil abhängig von der Form, welche Hobbes dem Naturrecht verliehen hat. Wie bei dem Briten, so bildet auch bei dem Niederländer den Beginn der theoretischen Konstruktion der Hinweis auf den Egoismus der Menschen, auf ihren psychischen Grundtrieb der Selbsterhaltung und Selbstdurchsetzung. Das Recht der Natur versteht also Spinoza mit Hobbes, wenigstens zunächst, als das der sinnlichen Natur, deren Recht soweit reicht wie ihre Macht. Da nun, so fährt diese Argumentation fort, ein Zustand dauernder Bedrohung und Unruhe vorhanden ist, solange jeder das Recht, d. h. die Macht seiner sinnlichen Natur geltend machen kann, so sagt den Menschen ihre Vernunft, daß sie ihr natürliches Ziel der Selbstbewahrung besser und leichter erreichen, wenn sie sich zusammenschließen, Ordnung stiften und Frieden halten. An diesem Punkte seiner Konstruktion bedient sich Spinoza genau wie Hobbes und das gesamte Naturrecht des bekannten Gedankens eines Vertrags, durch welchen die Staatsgründung erfolgt. Hierbei ist zu beachten, daß der Staat also ausschließlich aus Zweckmäßigkeitsrücksichten ins Leben gerufen wird.

Bis dahin geht Spinoza mit Hobbes konform; nunmehr aber trennen sich ihre Wege.

Hobbes ist der konsequentere von beiden; er bleibt seinen Voraussetzungen treu. Ist der Staat nur zur Verhinderung des Kriegszustandes gegründet worden, so ist es seine einzige Aufgabe, für Ruhe zu sorgen, die Bürger im Innern und nach außen zu schützen. Zur Erfüllung dieser Aufgabe kann die Staatsgewalt gar nicht kraftvoll und mächtig, gar nicht absolut genug sein; nicht umsonst haben für Hobbes die Individuen beim Abschluß des Vertrags auf alle ihre natürlichen Rechte verzichtet.

Anders liegt die Sache bei Spinoza. Ihm zufolge behält der Mensch auch im Staat manche von seinen natürlichen Rechten, und diese zu schirmen, ist eine hauptsächliche Obliegenheit des Staats. So ist dieser, für dessen Gewalt und Kraft übrigens auch Spinoza eintritt, bei ihm doch nicht wie bei Hobbes ein bloßer Macht-, sondern zugleich ein Rechtsstaat. Wenn Spinoza einmal das Recht als die Seele des Staats bezeichnet, so könnte ein solcher Satz genau so gut bei den großen idealistischen Philosophen Deutschlands stehen, etwa bei

Kant oder dem jugendlichen Fichte. Allein auch nicht nur Rechtsstaat ist der Staat bei Spinoza; er wird ihm sogar zum Kulturstaat. Dies tritt nirgends klarer hervor als in den schönen Worten, der Staat habe nicht die Menschen aus vernunftbegabten Wesen zu Tieren oder Automaten herabzusetzen, vielmehr dafür Sorge zu tragen, daß Geist und Körper sich ungehemmt entfalten, daß die Menschen lernen, der Vernunft zu folgen. Mit dieser Auffassung des Staats als eines Vernunftstaats, als einer moralischen Anstalt zur Vernunft-erziehung der Menschheit, gerät Spinoza in die Nähe Platons und des Fichte der späteren Zeit. Selbst darüber ist sich Spinoza mit Fichte sowie auch mit Kant und Hegel einig, daß in der Vernunftbetätigung die Freiheit liegt, und so soll nach Spinoza der Staat bei aller ihm notwendig zukommenden Macht und Stärke dennoch ein Schützer und Hort der Freiheit sein. Der Hobbessche Absolutismus wird hier zwar nicht völlig preisgegeben, aber nicht unbeträchtlich in liberalistischem Sinne modifiziert. So verlangt Spinoza eine Kontrolle der Regierenden durch ausdrücklich dazu eingesetzte Wächter der Verfassung, wie es solche im alten Sparta gab und wie sie Althusius vor Spinoza und Fichte nach ihm forderten; so tritt Spinoza ganz besonders warm für die Freiheit des Denkens und der Rede ein. In diesem Zusammenhang finden sich bei ihm die wundervollen Worte, daß man dem edlen Menschen die Luft zum Atmen nimmt, wenn man die Freiheit des Geisteslebens unterdrückt.

Es läßt sich nicht leugnen, daß Spinoza zu großartigen, in geistig-sittlichem Betracht ganz außerordentlich hochstehenden Konsequenzen gelangt ist; es läßt sich jedoch ebensowenig leugnen, daß diesen Konsequenzen die theoretische Grund- und Unterlage fehlt, daß sie in offensichtlichem Widerspruch zu Spinozas eigenen Voraussetzungen stehen. Der Ausgangspunkt seiner Konstruktion ist ein durchaus naturalistischer; mit dem Hinweis auf den Naturtrieb der Selbsterhaltung beginnt sie. Am Ende steht aber ein Vernunft- und Moralstaat, ein Gemeinwesen, das sich idealen Forderungen gemäß zu betätigen hat. So wird das ursprünglich allein ins Auge gefaßte naturhafte Sein später durch das sittliche Sollen abgelöst. Da jenes naturhafte Sein das Streben des Individuums nach Selbsterhaltung ist, so stehen am Anfang der Individualismus und der Egoismus; da Spinoza jedoch schließlich beim Rechts- und Kulturstaat landet und da Recht und Kultur nur in der Gemeinschaft möglich sind, so wird auch der spinozistische Staat zuletzt,

wenigstens innerhalb gewisser Grenzen, zum Sozialstaat. Solange Spinoza rein naturalistisch verfährt, kennt er keine Rücksicht auf irgendwelche Zwecke und Werte, geht er ganz mechanistisch vor, sucht er Recht und Staat mechanisch aus der menschlichen Natur abzuleiten; indem er aber zu einem Idealstaat aufsteigt, stellt sich auch die Anerkennung vernünftig-sittlicher Zwecke und Werte ein, wird die mechanistische durch die teleologische Methode ersetzt. Der mechanistische Standpunkt weiß nur von Naturnotwendigkeit; Spinoza hingegen kommt allmählich zur Verherrlichung der Geistesfreiheit. Aus rein utilitarischen Interessen und Erwägungen heraus läßt Spinoza den Staat entstehen; dieser erlangt dann jedoch bei ihm als Garant der Freiheit und sonstiger idealer Güter, als Vernunft-, Rechts- und Kulturstaat, eine autonome sittliche Bedeutung.

Man ersieht hieraus, wie sehr bei der spinozistischen Rechts- und Staatslehre das Fundament und der Überbau zueinander im Gegensatz stehen. Es gibt keine Brücke, keinen Übergang zwischen Naturalismus und Idealismus, Sein und Sollen, Naturnotwendigkeit und Freiheit, Utilitarismus und Moral; bei diesen dialektischen Paaren kann das zweite Glied nicht auf das erste zurückgeführt werden. Gewiß darf man danach fragen, aus welchen seelischen Grundtrieben und Zweckmäßigkeits-erfordernissen die Rechts- und Staatsbildung mit Naturnotwendigkeit erfolgen mußte; aber von dieser psychologischen und historischen Frage ist streng zu unterscheiden die rechts- und staatsphilosophische nach Sinn und Wert, idealer Bedeutung und moralischem Gehalt von Recht und Staat. Beide Fragen kann ein und derselbe Denker nebeneinander aufwerfen; er darf sie jedoch nun und nimmermehr miteinander verquicken, keinesfalls zur Beantwortung der einen den Problembereich der anderen heranziehen. Gerade das tut Spinoza, und hierin liegt die Eigenart, zugleich aber die methodische Schwäche seiner Position.

Diese ist freilich insofern nicht exzeptionell, als nicht bloß nach, sondern auch bereits lange vor Spinoza, nämlich seit Aristoteles, dieselbe Verquickung der Probleme zu finden ist, beispielsweise vornehmlich in der Rechts- und Staatslehre der Stoa. Spinoza steht der Renaissance-Epoche zeitlich noch ziemlich nahe, und so erklärt es sich ohne weiteres, warum neben anderen, späteren Philosophen auch speziell die Stoiker auf ihn so besonders stark eingewirkt haben. Bei den Stoikern gehen gleichfalls Naturalismus und Idealismus ungeschieden ineinander über, auch sie gelangen von einem individualistisch-utilitaristischen Ausgangspunkt zu einem sozial-

ethischen Ende. Nun hat die *Stoa*, obschon sie sicherlich eine noch heute wirksame Lebensmacht darstellt, ihre hauptsächlichste Bedeutung im Altertum entfaltet; für uns Heutige repräsentiert *Spinoza*, der *Spinozismus*, den Typus einer Philosophie, die den Versuch macht, von naturalistischen Voraussetzungen zu idealistischen Konsequenzen zu kommen, auf utilitaristischer Basis eine Moral zu erbauen. In diesem Versuch liegt das Unkritische des *Spinozismus*, in dem Streben nach einer Synthese ohne vorausgegangene Analyse. Alle echte Wissenschaft analysiert, bevor sie sich zur Synthese entschließt, um nicht das, was nicht zusammengehört, miteinander zu vermengen. Indem der *Spinozismus* auf die Analyse verzichtet, beweist er, daß seine Geisteshaltung keine wissenschaftliche ist. Wohl ist die von und in ihm vorgenommene Synthese in ihrer Art großartig und bewundernswert, und das Resultat, zu dem sie in der Staatslehre schließlich gelangt, nämlich die Auffassung des Staats als eines Ideal- und Vernunftstaats, als eines Rechts- und Kulturstaats, als einer moralischen Anstalt, ist ein schönes und würdiges; allein dieses Resultat ermangelt der zureichenden wissenschaftlichen Begründung. Nicht als Produkt der Wissenschaft also ist es wertvoll, sondern wegen seines weltanschaulichen Gehalts. Ebendies ist das Entscheidende: der *Spinozismus* ist Weltanschauung, nicht Wissenschaft. Betrachtet man ihn unter diesem Gesichtspunkt, also unter rein weltanschaulichem Aspekt, so wird man die Reinheit und Lauterkeit der in ihm zutage tretenden Gesinnung, die Ruhe und den Frieden, die er atmet, die geistige Höhenluft, in die er führt, gar nicht genug schätzen und preisen können. Allein der *Spinozismus* glaubt, wissenschaftlich vorzugehen. Erst und nur von diesem Punkte aus, an dem das Bedenken einsetzen muß, ist seine Struktur ganz und gar zu erfassen. Der *Spinozismus* ist derjenige Typus des Philosophierens, der nicht auf Wissenschaft, sondern auf Weltanschauung abzielt und sich dennoch mit merkwürdiger Selbstverkennung in das Gewand der Wissenschaft hüllt. Das wird am offensichtlichsten, wenn man das Augenmerk auf seine epochemachendste Leistung richtet, auf seine Metaphysik, aus der heraus letztlich auch seine Rechts- und Staatslehre erst verständlich werden.

Der Metaphysiker *Spinoza* ist bekanntlich der große Pantheist, der das All zur göttlichen Substanz macht und ihr Wesen aus unendlich vielen unendlich voneinander verschiedenen Attributen bestehen läßt, u. a. auch aus Körper und Geist als den beiden einzigen uns erkennbaren Attributen. Als Attribute der

göttlichen Substanz müßten das Körperliche und das Geistige eigentlich streng koordiniert sein und bleiben; allein Spinoza hält hieran nicht fest. Auf der einen Seite hebt er die Körperlichkeit alles in Gott Befindlichen sehr stark hervor und leistet so selbst einer mehr oder weniger materialistischen Interpretation seiner Philosophie Vorschub; auf der anderen Seite gelangt er aber bei der Entwicklung seines Systems in steigendem Maße dazu, den Schwerpunkt in das Geistige zu verlegen. Ganz besonders zeigt sich das in seiner Moralphilosophie, welche geradezu den Sieg des Geistes über den Körper bzw. über die durch körperliche Affektion hervorgerufenen Gemütszustände fordert. In einem solchen Sieg des Geistes erblickt Spinoza die Freiheit, die er vorher ausdrücklich verneint, er, dessen Lieblingsgedanke es ist, im Wesen Gottes sei alles mit derselben Notwendigkeit begründet, mit welcher aus dem Wesen des Dreiecks folgt, daß die Summe seiner Winkel 180 Grad beträgt. Die berühmte *amor dei intellectualis* ist nicht bloß die Liebe des Geistes, sondern zugleich die Liebe zum Geist, welcher Spinoza zuletzt und zutiefst eben doch mehr gilt als der Körper. Mit der *amor dei intellectualis* erhält das menschliche Leben nun auch noch einen Zweck und Wert selbst nach Spinoza, der im Prinzip gegen jedwede Teleologie zu Felde zieht und einzig die mechanistische Betrachtungsweise der mathematischen Naturwissenschaft anerkennen will. Die *amor dei intellectualis* wird bewirkt durch die Erkenntnis Gottes, seines sich notwendig erfüllenden Wesens. Geht nun einerseits die *amor dei intellectualis* auf die Einsicht in die Notwendigkeit alles Geschehens zurück und ist andererseits gerade die *amor dei intellectualis* der Ausdruck höchster geistiger Freiheit des Menschen, so wird der Unterschied zwischen Notwendigkeit und Freiheit aufgehoben, so fallen beide zusammen. Dies aber wird letztlich dadurch verursacht, daß das Körperliche, welches der mechanischen Naturnotwendigkeit untersteht, und das Geistige, dessen Prinzip die Freiheit ist, als göttliche Attribute eins sind. Wegen der Identität von Körper und Geist in Gott müssen auch Notwendigkeit und Freiheit in Gott identisch sein.

Von hier aus wird es nun ersichtlich, in welcher Weise und in welchem Umfang Spinozas Lehre vom Rechte und vom Staate methodologisch in seiner Metaphysik wurzelt. Wie Spinoza in dieser die Körperlichkeit der göttlichen Substanz mit ihrer mechanischen Naturnotwendigkeit so stark betont, genau so sehr huldigt er in seiner Rechts- und Staatsphilosophie einem mechanistischen Naturalismus; wie aber in der spino-

zistischen Metaphysik das Geistige mit seiner Freiheit sowie mit seiner Zweckhaftigkeit und Wertbetontheit sich mehr und mehr durchsetzt, genau so bricht in der spinozistischen Rechts- und Staatstheorie ein moralistischer Idealismus in steigendem Maß hervor. Die unkritische, weil ohne vorangegangene Analyse erfolgende Synthese von Naturalismus und Idealismus in Spinozas Rechts- und Staatslehre gründet sich auf die metaphysische Synthesis von Körper und Geist in Gott. Die Identifizierung, die Ineinssetzung von Körper und Geist ist Spinozas Ur- und Grundsynthese, in der die sämtlichen sonstigen von ihm vollzogenen Synthesen verankert sind, und weil diese Ur- und Grundsynthese infolge ihres Verzichts auf eine antezedierende Analyse eine unkritische ist, sind auch alle übrigen spinozistischen Synthesen unkritische. Schon die metaphysische Ur- und Grundsynthese zeigt, daß es Spinoza nicht auf Wissenschaft, sondern auf Weltanschauung ankommt; denn die Vereinigung von Körper und Geist wird von ihm durch ihre gemeinsame Beziehung auf Gotthergestellt, und dieser ist ganz gewiß kein wissenschaftliches Prinzip. Im Anschluß hieran wird es ohne weiteres klar, warum auch in Spinozas Darlegungen über Recht und Staat das weltanschauliche Moment über das wissenschaftliche siegt.

Grundlegend für das Verständnis und die Bewertung des Spinozismus ist die Erkenntnis, daß er keine wissenschaftliche, sondern eine Weltanschauungsphilosophie ist. Nicht oder mindestens nicht in erster Linie der Wissenschaft, sondern hauptsächlich, ja, eigentlich sogar einzig Gott ist Spinozas Interesse zugewandt. Die göttliche Substanz bildet den Ausgangs- und die amor dei intellectualis den Endpunkt seines Philosophierens. Hier manifestiert sich der Einfluß der Stoa, der Kabbala (und damit auch — zum wenigsten mittelbar — des Neuplatonismus), der jüdischen und christlichen Scholastik sowie vielleicht auch Giordano Brunos. Mat hat seit neuerem mit Recht aufgehört, Spinoza einzig im Zusammenhang mit Descartes und dem von diesem vertretenen Geist der mathematischen Naturwissenschaft begreifen zu wollen. Gewiß hat Spinoza manches, sogar vieles mit Descartes gemein, besonders da, wo er über Physik und Psychologie spricht, aber auch in seiner gesamten Methodik und bei der Konzeption seiner philosophischen Grundbegriffe; allein gerade die Methodik und die Grundbegriffe des Descartes übernimmt Spinoza nur äußerlich, nicht innerlich. Descartes verfolgt hauptsächlich wissenschaftliche Tendenzen; er schafft

zwar auch in seinem System Platz für den Gottesbegriff, kann ihn jedoch durchaus entbehren. Für Spinoza hingegen dreht sich alles um Gott, und so bedeutet dieser von vornherein das Ziel, dem alles zusteuert, den Wert, der alles beherrscht. Da besagt es denn nur wenig, wenn Spinoza unter dem starken Eindruck des damaligen Erfolges der mathematischen Naturwissenschaft sich den Anschein gibt, in Descartesscher Manier rein mechanistisch zu verfahren; in Wahrheit handelt es sich bei ihm um eine, wenn auch verkappte, Teleologie. Man darf sich durch seine Polemik gegen die Lehre von den Endzwecken nicht täuschen lassen; was er bekämpft, ist bloß eine bestimmte Art von Teleologie. Ebenso wenig bildet seine berühmte Anwendung der geometrischen Form einen Einwand; denn diese Form steht in diametralem Gegensatz zum Inhalt von Spinozas Lehre. In diesem Gegensatz ist es begründet, daß gerade die spinozistische Philosophie so ungemein merkwürdig ist und vielleicht für alle Zeiten bleiben wird. Bis heute jedenfalls gibt es kein zweites philosophisches System, innerhalb dessen eine solche Diskrepanz, eine derartige Dialektik zwischen Form und Inhalt anzutreffen ist. Diese Dialektik macht die besondere Struktur des Spinozismus aus; durch sie wird dieser zu einem — selbst gegenüber der verwandten Stoa — eigen- und einzigartigen philosophischen Typus. Die Dialektik liegt darin, daß einer durch und durch wissenschaftlichen, in übertriebenster Weise rationalistischen Form ein religiös-romantischer Inhalt entspricht bzw. richtiger: widerspricht. Romantisch ist Spinozas Lehre ihrem Inhalt nach, weil das religiöse Motiv, weil Gott ihr beherrschendes Zentrum bildet, weil trotz ihrer Gegenüberstellung, ja, Entgegensetzung, zwischen Körper und Geist, genau wie zwischen Naturnotwendigkeit und sittlicher Freiheit, durch ihre Identifizierung in Gott die Grenzen verwischt werden, weil die höchste Tugend und das höchste Glück in der mystischen Einswerdung mit Gott erblickt werden. Es ist gewiß kein Zufall, daß gerade Dichter wie Lessing und Goethe sich von Spinoza angezogen fühlten, und man wird kaum annehmen können, daß es Spinozas Nachahmung der geometrischen Form war, die Lessing und Goethe so sehr ansprach. Ebenso wenig ist es ein Zufall, daß die deutsche Romantik Spinoza viel Ehre zuteil werden ließ; man denke nur an die Wertschätzung, die Spinoza von Seiten Schleiermachers erfuhr. Die Romantik spürte eben den verwandten Zug bei Spinoza, und sein System wurde das Vorbild aller jener Identitätsphilosophien, die im Zeitalter der Romantik so

zahlreich hervorblühten. Nun wird man gewiß nicht sagen können und wollen, daß die Identitätsphilosophien und überhaupt die Romantik ihren Schwerpunkt in der Wissenschaft hatten; wohl aber war unbestreitbar ihre weltanschauliche Bedeutung eine nicht geringe. So ergibt sich denn auch von hier aus, daß es das weltanschauliche Motiv ist, welches den Wert des Spinozismus ausmacht, sein Fortwirken ermöglichte, auch immer weiter ermöglicht und vermutlich noch in ferner Zukunft ermöglichen wird.

Nun kann und muß man sicherlich auch gegenüber dem Spinozismus als Weltanschauung Bedenken äußern. Die unkritische Naivität, mit welcher er die göttliche Substanz statuiert und als Ausgangspunkt ansetzt, also an ein Sein anknüpft, statt mit dem Erkenntnis- und Geltungsproblem zu beginnen, vermag nach Kant nicht mehr gutgeheißen zu werden. Dazu kommt, daß gerade der Pantheismus eigentlich gar keine Ethik zuläßt; denn wenn alles in Gott ist, so verschwindet jeder Unterschied zwischen dem Guten und dem Bösen. Dem zum Trotz spielt bei Spinoza das Moralische eine große, sogar die entscheidende Rolle, wie schon der Umstand zeigt, daß er sein Hauptwerk „Ethik“ nennt, obschon er in ihm sein ganzes System entwickelt und obschon von den fünf Büchern bloß die beiden letzten von der Sittlichkeit handeln. Letzten Endes ist der gesamte Spinozismus auf die Moral eingestellt, und sie ist das, was in ihm am höchsten steht, freilich nicht die theoretisch-wissenschaftliche Moral, die Moraltheorie und -wissenschaft, sondern die Moral im praktischen Sinne, das Ethos, das im Spinozismus zutage tritt und ihn beherrscht, die Größe und Hoheit der Gesinnung. Vielleicht ist Spinozas mit seinem Begriff der amor dei intellectualis unzertrennlich verknüpftes Ideal der Gemütsruhe und des Seelenfriedens ein reichlich passives, ein etwas quietistisch-fatalistisches; allein dieses durch stoischen Einfluß zustande gekommene und in Spinozas Psyche begründete Ideal wurzelt im Pantheismus, dem zufolge alles bereits in Gott ist, so daß für eine Betätigung, für eine Kraftanstrengung zur Verwirklichung Gottes, zur Erfüllung von göttlichen Forderungen, nur wenig übrigbleibt. Soviel aber ist sicher, daß die spinozistische Schilderung des durch die Einsicht in das notwendige Wesen Gottes hervorgerufenen Zustands der Gemütsruhe und des Seelenfriedens zu dem Schönsten und Erhabensten aus der ganzen Philosophiegeschichte gehört. Spinozas Betrachtung sämtlicher Dinge sub specie aeternitatis läßt alle Kleinlichkeit und Gemeinheit des Irdischen tief unter

sich; sie führt auf einen hohen Bergesgipfel, um den eine klare und reine Luft weht und auf dem man den dumpfen Niederungen, den stickigen Tälern, weit entrückt ist. Indem Spinoza den Menschen diesen Gipfel zeigt, weist er ihnen für die Ordnung und Gestaltung ihres Lebens ein überaus edles und großartiges Ziel, und so steht er denn als einer der größten philosophischen Geistesführer neben Sokrates, Platon, Kant und Fichte.

Er würde aber nicht als ein so großer Geistesführer im Gedächtnis der Menschheit fortleben, wenn er bloß theoretisiert und nicht auch in der Praxis ein so wundervolles Vorbild abgegeben, wenn er nicht praktisch gelebt hätte, was er theoretisch gelehrt hat. Weder Vorwürfe und Schmähungen seiner Religionsgemeinschaft noch die Ausstoßung aus dieser, nicht einmal ein an ihm verübter Mordversuch konnten ihn von seiner selbstgestellten philosophischen Lebensaufgabe abbringen. Durch das Schleifen optischer Gläser schuf er sich das unentbehrliche materielle Substrat, um seinen Gedanken in seinen Schriften freien Lauf lassen zu können. Am bewundernswertesten jedoch ist es und wird es ewig bleiben, daß der arme jüdische Glaschleifer, als ihm ein freigeistiger Fürst eine Professur anbot, diese ausschlug, um sich die Unabhängigkeit seines Denkens und die Ruhe seines Gemüts, den Frieden seiner Seele, bewahren zu können. Es ist ein erhebendes und über vieles hinwegtröstendes Gefühl, welches sich einstellt, wenn man, wie auch an diesem Beispiel wieder, sieht, daß unter den großen Philosophen auch viele große Menschen gewesen sind.

Adam Smith als Rechtsphilosoph.

Von

Dr. iur. et phil. Walther Eckstein.

Adam Smiths nationalökonomisches Hauptwerk der „Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations“ gehört wohl zu den meistgenannten Büchern der Weltliteratur; hat er doch seinem Verfasser — ob mit Recht oder Unrecht mag hier unentschieden bleiben — den Ruhm eines Begründers der Nationalökonomie eingetragen. Freilich kann man sich angesichts der Urteile, die gelegentlich selbst von angesehenen Nationalökonomien über Smiths nationalökonomischen Standort gefällt werden, oft nicht des Eindrucks erwehren, daß Smiths „Wealth of Nations“ mehr zitiert als gelesen wird, und Franz Oppenheimer mochte nicht so ganz unrecht haben, als er gelegentlich¹⁾ Lessings Notschrei: „Wir aber wollen weniger erhoben und fleißiger gelesen sein“ auf Smith und seinen „Wealth of Nations“ angewendet sehen wollte. In noch weit höherem Maße gilt das Gesagte jedoch — wenigstens soweit das deutsche Sprachgebiet in Betracht kommt — von Smiths philosophischem Hauptwerk, das er selbst weit über den „Wohlstand der Nationen“ stellte, nämlich der „Theory of Moral Sentiments“. Während der Wealth of Nations immer wieder ins Deutsche übersetzt und zum Gegenstand einer kaum übersehbaren Literatur geworden ist, wurde die Theory of Moral Sentiments seit dem Jahre 1791 nicht ins Deutsche übertragen, und die Zahl derer, die das Buch im Original gelesen haben, scheint verschwindend klein zu sein²⁾. Und doch hat das Werk diese Vergessenheit keineswegs verdient. Die Theory stellt eines der interessantesten Werke der englischen Ethik dar; sie enthält den originellen Versuch einer Psychologie des Sittlichen und vor allem — was besonders für den Juristen von Interesse ist — eine Untersuchung des Wesens und der Grundlagen der sittlich-rechtlichen Beurteilung³⁾.

¹⁾ In einem Artikel „Aus der Jugendzeit des ökonomischen Liberalismus“ in der „Zeit“ vom 8. und 9. November 1902.

²⁾ Näheres über die Bibliographie des Werks und die Gründe seiner Vergessenheit in Deutschland siehe in der Einleitung meiner eben jetzt in „Meiners Philosophischen Bibliothek“ erscheinenden Übersetzung. Auf die Seitenzahlen dieser Ausgabe beziehen sich die im Text vorkommenden Zitate aus der „Theory“.

³⁾ Vgl. den Untertitel des Buches: Versuch einer Analyse der Prinzipien, vermöge deren die Menschen zunächst das Verhalten und den Charakter ihrer Nebenmenschen und sodann ihr eigenes Verhalten und ihren eigenen Charakter beurteilen.

Eben dieser Beitrag Smiths zur Imputations- oder Zurechnungslehre, wie man heute sagen würde, soll uns hier in erster Linie beschäftigen, da er reich an originellen Ideen und auch dort interessant ist, wo er mit unserem heutigen Rechtsgefühl oder unseren juristischen Kategorien nicht in Übereinstimmung steht.

Der Hauptinhalt von Smiths Ausführungen ist folgender: Drei Momente, die sich in jeder Handlung finden, können — rein theoretisch gesprochen — Gegenstand der sittlichen (und somit auch rechtlichen) Beurteilung werden: 1. Die Absicht oder die Gesinnung (die Neigung des Herzens wie Smith sagt), aus der die Handlung hervorgeht, 2. die äußere Handlung oder Körperbewegung und 3. die guten oder schlechten Folgen, die sich tatsächlich aus der letzteren ergeben. Es ist einleuchtend, daß die beiden letztgenannten Umstände nicht Gegenstand einer ethischen Beurteilung werden können — so einleuchtend, daß niemand noch je das Gegenteil behauptet hat. Die Körperbewegung kann bei ganz verschiedenen zu wertenden Handlungen die gleiche sein (z. B. bei dem Schuß auf einen Vogel und beim Schuß auf einen Menschen), die äußeren Folgen aber hängen durchaus vom Zufall ab und sind darum für die Beurteilung noch gleichgültiger. Nur Absicht und Gesinnung unterliegen darum der sittlich-rechtlichen Beurteilung. Wir sind verantwortlich nur für jene Folgen, die auf irgendeine Weise beabsichtigt sind, oder die doch Zeugnis von einer guten oder schlechten Gesinnung ablegen.

Dennoch lassen sich unsere Gefühle nicht durch diesen Grundsatz leiten, so fest wir auch bei abstrakter Überlegung von seiner Richtigkeit überzeugt sein mögen. In Wirklichkeit üben die tatsächlichen Folgen einer Handlung den größten Einfluß auf unsere Gefühle der Billigung und Mißbilligung aus. Smith bezeichnet diese Erscheinung als eine „Regelwidrigkeit unseres Fühlens“ (Irregularity of sentiment).

Ein berechtigtes Vergeltungs- und Dankbarkeitsgefühl hat drei Voraussetzungen:

1. Das Objekt muß Ursache von Unlust oder Lust geworden sein.
2. Dem Objekt muß selbst Gefühlsfähigkeit zukommen.
3. Das Objekt muß den (Lust-, Unlust-) Erfolg mit Absicht hervorgebracht haben.

Tatsächlich wird aber Vergeltungs- und Dankbarkeitsgefühl durch alle Gegenstände erweckt, die bloß die erste Bedingung erfüllen. Wir sind — wenn auch nur einen Augenblick lang — über den Stein ärgerlich, an dem wir uns gestoßen haben. Das Kind schlägt ihn, der Hund bellt ihn an, ein Choleriker verflucht

ihn. Hat ein unbelebter Gegenstand ein größeres Unheil herbeigeführt, dann ist die Abneigung, die wir gegen ihn fühlen, andauernd und geht so weit, daß wir eine gewisse Befriedigung dabei empfinden, ihn zu verbrennen oder sonst zu vernichten. Eine derartige sinnlose Rache üben wir z. B. an einem Werkzeug, das zufällig den Tod eines Freundes herbeigeführt hat, und es würde uns unmenschlich scheinen, wenn wir diese Rache unterließen. — Dasselbe ist es mit dem Gefühl der Dankbarkeit. Auch dieses kann durch einen leblosen Gegenstand erweckt werden. Das Haus, in dem wir lange gewohnt, der Baum, der uns Schatten gespendet, werden mit jener Achtung betrachtet, wie sie solchen Wohltätern zuzukommen scheint. (Daher der Ursprung des Glaubens in Laren und Dryaden.) Aber auch für geringfügige Gebrauchsgegenstände, für eine Tabakdose, ein Federmesser, einen Spazierstock, die wir lange benützt haben, empfinden wir eine Art dankbarer Anhänglichkeit. Ein Seemann, der nach seiner Rettung aus einem Schiffbruch die Planke verbrennt, auf der er eben dem Ertrinken entronnen ist, würde sich unserer Ansicht nach einer unnatürlichen Handlung schuldig machen. — In seinen Vorlesungen über Rechtslehre⁴⁾ verwies Smith selbst darauf, daß nach dem Recht mancher Länder das Schwert oder sonstige Werkzeug, welches einen Menschen getötet hatte, für verabscheuungswürdig galt und deshalb vernichtet wurde, so insbesondere in Athen⁵⁾. Aber auch im alten englischen Recht gebe es eine ähnliche Bestimmung, denn hier wurde ein solcher Gegenstand als „Deodand“ angesehen, und von der Krone konfisziert, wie Smith hinzufügt, er sei dem Teufel verfallen gewesen; in späterer Zeit seien solche Gegenstände für wohltätige Zwecke verwendet worden⁶⁾.

Vergeltungs- und Dankbarkeitsgefühl können aber dort nicht befriedigt werden, wo nicht die zweite Bedingung erfüllt, d. h. wo ihr Gegenstand nicht mit Gefühlsfähigkeit ausgestattet ist. Denn das Ziel des Vergeltungs- und Dankbarkeitsgefühls ist es ja, in dem Gegenstand, der in uns Unlust oder Lust erregte, die

⁴⁾ Lectures on Jurisprudence ed. Cannan p. 141.

⁵⁾ In Athen wurde bekanntlich gegen leblose Gegenstände (ἀνύχα) vor dem Prytaneion verhandelt und diese wurden, wenn sie schuldig befunden wurden, zum *ὑπερορίσκειν* verurteilt, d. h. sie wurden über die Grenze gebracht. Vgl. Löffler, Schuldformen im Strafrecht S. 54.

⁶⁾ Die Bestimmungen über Deodand wurden in England erst 1846 aufgehoben, in der Praxis der Rechtsprechung allerdings schon früher fast immer umgangen. Vgl. Stephen History of the Criminal Law of England III, 77 und Hobhouse, Morals in evolution p. 87 f. sowie Pater-son, Commentaries. I, 373 ff.

gleichen Gefühle wieder zu erwecken. Da den Tieren Gefühlsfähigkeit zukommt, sind diese eher geeignet, Vergeltungsgefühl und Dankbarkeit hervorzurufen, als leblose Gegenstände. Man straft einen Hund, wenn er beißt, und einen Ochsen, wenn er stößt. Wenn ein Tier den Tod eines Menschen verursacht, dann werden sich weder die Verwandten des Getöteten noch auch die Allgemeinheit zufrieden geben, wenn das Tier nicht seinerseits getötet wird⁷⁾. Ebenso fühlt jedermann das Bedürfnis, ein Tier, das ihm einen großen Dienst geleistet hat, zu belohnen, und wir empfinden ein anderes Verhalten als Roheit.

Um Dankbarkeits- und Vergeltungsgefühl wirklich zu befriedigen, ist es aber nicht nur notwendig, daß der Gegenstand, gegen den es sich äußert, Lust und Unlust überhaupt empfinden kann, sondern es ist auch erforderlich, daß der Wohltäter oder der Angreifer sich dessen bewußt wird, daß die ihm aus Dankbarkeit oder Vergeltungsgefühl zugefügte Lust oder Unlust ihm eben um seiner früheren Handlung willen bereitet wird. Dies ist bei Tieren nur bis zu einem gewissen Grad möglich, weshalb eben auch Tiere nicht völlig geeignete Gegenstände von Dankbarkeits- und Vergeltungsgefühl sind.

Schließlich aber kann eine Handlung nur dann — wenigstens bei einem gerecht fühlenden Menschen — Vergeltungsgefühl erregen, wenn dieser die ihm zugefügte Schädigung seinem eigenen Gefühl nach nicht verdient hat. Zur vollen Befriedigung des Vergeltungsgefühls ist es, wie erwähnt, erforderlich, daß die Handlung aus einer Absicht hervorgegangen ist, und zwar aus einer Absicht, die von dem Betroffenen mißbilligt wird. Gleichzeitig wirkt dieser Umstand (d. h. das Bewußtsein, daß die ihm zugefügte Schädigung mit Absicht herbeigeführt wurde) dahin, in dem Betroffenen ein besonders starkes Vergeltungsgefühl zu erwecken.

Aber auch dort, wo sich die Dankbarkeits- und Vergeltungsgefühle gegen ihren wahren Gegenstand, d. h. gegen den Menschen und seine Gefühle kehren, wirkt nach Smith, das, was er die „Regelwidrigkeit unseres Fühlens“ nennt, dahin, daß wir von dem als einzig richtig anerkannten Grundsatz, nur die Gesinnung als ausschlaggebend zu betrachten, immer wieder abweichen. Eben weil alles, was uns Lust oder Unlust verursacht, bis zu einem gewissen Grad auch Dankbarkeits- und Vergeltungsgefühl in uns

⁷⁾ Über die Tötung von Tieren in solchen Fällen und die Verbreitung dieser Sitte auch unter Kulturvölkern vgl. Westermarck, *Origin and development of the moral ideas* I 249 ff. und Amira, *Tierstrafen und Tierprozesse*; in *Mitt. des Inst. f. öst. Gesch. Forschung* 1891.

erweckt, treten diese Gefühle auch dann ein, wenn jemand zur Ursache eines großen Guts oder Übels geworden ist, obwohl seine Absicht nicht auf diesen Erfolg gerichtet war. Auf der anderen Seite werden diese Gefühle dann nicht oder nur in schwachem Maße auftreten, wenn der beabsichtigte gute oder schlechte Erfolg ausgeblieben ist. Wir schätzen den Freund weniger, dessen Bemühungen, uns zu helfen, fruchtlos geblieben sind, wir achten jene Talente geringer, die sich nicht in wertvollen Taten auswirken konnten.

Auf demselben Grunde beruht die mildere Bestrafung des Versuches, wie sie in den Strafgesetzen aller Länder vorgesehen ist. Mit einziger Ausnahme des Hochverrates, bei dem schon der Versuch, ja in manchen Staaten sogar eine hochverräterische Unterredung — wir würden sagen eine Vorbereitungshandlung — mit dem Tode bestraft wird, gibt es kein Verbrechen, bei dem Versuch und vollendete Tat unter der gleichen Strafdrohung stünden. Daß die Gesetzgebung gegenüber dem Verbrechen des Hochverrats so streng ist, erklärt sich nach Smith daraus, daß hier der Staat bzw. der Souverän ein Delikt ahndet, das sich gegen ihn selbst richtet. Aber der Versuch wird sogar nicht nur im allgemeinen milder bestraft, er bleibt vielmehr bei vielen geringeren Delikten ganz straflos, so z. B. der Versuch des Taschendiebstahls (Smith erwähnt bei dieser Gelegenheit ohne irgendwelchen Kommentar, daß auf Taschendiebstahl die Todesstrafe stehe, eine Strafbestimmung, die, nebenbei bemerkt, in England bis zum Jahre 1808 in Kraft stand) und der Versuch der Verführung einer verheirateten Frau. — Zur Erklärung dieser mildernden Behandlung des Versuchs pflege man darauf hinzuweisen, daß der Versuch nicht dieselbe seelische Verderbtheit voraussetze wie die vollendete Tat, denn wir seien imstande, Dinge zu beschließen, die wir doch niemals auszuführen fähig wären. Allein, meint Smith, dieses Argument könne in den Fällen nicht vorgebracht werden, wo der Versuch bis zum letzten Stadium gediehen ist; und doch wird derjenige, der auf einen anderen in Tötungsabsicht eine Pistole abfeuert, nicht mit dem Tode bestraft, wenn der Schuß zufällig fehl geht. (Smith führt hier übrigens auch eine Bestimmung des schottischen Rechts an, nach welchem der Mörder nicht mit dem Tode bestraft wird, falls der Tod nicht innerhalb bestimmter Zeit nach der Verletzung eintritt. Hier handelt es sich aber wohl nicht um eine Milde des Gesetzes, wie Smith annimmt, sondern um eine Art von Beweis für den Kausalzusammenhang zwischen Verletzung und Tod, wie ihn auch viele germanische und nordische Rechte kennen. (Vgl.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II § 138, S. 630. Für das englische Recht vgl. Stephen, History of the criminal law of England III S. 8.) In bezug auf den Mord findet Smith die mildere Bestrafung des Versuches unberechtigt.

Woher kommt es aber überhaupt, daß wir den Versuch milder beurteilen als die vollbrachte Tat, obgleich doch die Schuld gleich groß ist. Es ist eben jene Regelwidrigkeit unseres Fühlens hier im Spiel, die uns den Grundsatz der Gesinnungsstrafe vergessen läßt. Unser Vergeltungsgefühl wird durch das Ausbleiben des schädlichen Erfolges gemindert, wie es bei der vollbrachten Tat durch den Eintritt des Erfolges gesteigert wird. Smith macht dazu die Bemerkung, daß zivilisierte Völker im allgemeinen zur Milde geneigt, daher zu milderer Bestrafung des Versuchs gerne bereit sind, während barbarische Völker in jenen Fällen, wo keine schädlichen Folgen eintreten, kein Interesse an der Bestrafung haben, und sich um die Gesinnung des Täters nicht kümmern.

Auch der Täter selbst wird, wenn es beim Versuch geblieben ist, sich für weniger schuldig halten und das Ereignis, welches ihn an der Vollendung des Verbrechens gehindert hat, als eine Errettung aus großer Gefahr betrachten.

Auf der anderen Seite zeigt sich dieselbe „Regelwidrigkeit der Empfindungen“ darin, daß wir auch dem unbeabsichtigten Erfolg einen großen Einfluß auf unsere Billigung und Mißbilligung einräumen. Wir belohnen den Überbringer einer guten Nachricht, wie wir uns andererseits über den Boten ärgern, der uns eine schlechte Nachricht bringt. Hierher rechnet Smith auch die Fälle, wo wir einer fahrlässig begangenen Handlung eine höhere Strafe zuerkennen, wenn ein (doch immerhin unbeabsichtigter) Schaden aus ihr entstanden ist, als wenn kein schädlicher Erfolg eintritt. In diesem Punkte berührt sich Smith mit manchen modernen Juristen⁹⁾. Der zu Smiths Zeit unbestrittenen Gewohnheit folgend, die zivilrechtlichen Kategorien der culpa mit ihrer dreifachen Gliederung culpa lata, levis, levissima auf das Strafrecht zu übertragen, erwähnt Smith (als culpa lata) jene Fahrlässigkeit, die so arg ist, daß sie auch dann eine gewisse Züchtigung verdienen würde, wenn sie keinen schädlichen Erfolg hätte. Z. B. jemand wirft einen großen Stein über eine Mauer mitten auf die öffentliche Straße, ohne die Vorübergehenden zu warnen und ohne sich darum zu kümmern, wohin der Stein fallen wird. In dem Ver-

⁹⁾ Vgl. Löffler, Schuldformen im Strafrecht, passim, und Radbruch, der die Verantwortung für culpa gelegentlich als verschämte Zufallshaftung bezeichnet (Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bes. Teil V, 201 Anm. 2).

halten eines Menschen, der sich einer solchen fahrlässigen Handlung schuldig macht, zeige sich eine „freche Mißachtung des Wohlergehens und der Sicherheit anderer Personen“; er läßt es — wie Smith hinzufügt — „augenscheinlich an jenem Gefühl für die Interessen seiner Mitmenschen fehlen, das die Grundlage der Gerechtigkeit und der Gesellschaft überhaupt bildet“. Es ist dies eine Begründung für die Strafbarkeit der fahrlässigen Handlung, die um so interessanter ist, als sie ganz neuerdings von einem modernen Autor, und zwar mit recht einleuchtenden Argumenten vertreten wurde⁹⁾. Die Regelwidrigkeit unseres Fühlens zeigt sich aber nach Smith auch in diesem Falle darin, daß wir es nicht unbillig finden, wenn der Schuldige strenger bestraft wird, sobald aus seinem Verhalten, das doch nur gedankenlos und mutwillig war, unglückliche Folgen hervorgehen. Wird in dem früher erwähnten Falle einer der Vorübergehenden tödlich verletzt, so wäre der Schuldtragende nach den Gesetzen mancher Staaten, insbesondere nach dem alten Rechte Schottlands¹⁰⁾ der Todesstrafe verfallen. „Und obgleich dies zweifellos sehr strenge ist, so steht es doch nicht ganz und gar in Widerspruch mit unseren natürlichen Empfindungen.“ Wollte man ihn aber mit dem Tode bestrafen, sobald aus der erwähnten Handlung keinerlei schädlichen Folgen entstanden sind, so wäre uns dies im höchsten Grade anstößig. Und doch wäre in diesem Falle die Torheit und Unmenschlichkeit seines Betragens die gleiche. Dies zeigt, wie sehr selbst in dem Empfinden des „unparteiischen Zuschauers“ der zufällige Erfolg stark ins Gewicht fällt.

Neben diesem Falle strafbarer Fahrlässigkeit erwähnt Smith (ohne hier die Unterscheidung zwischen Zivil- und Strafrecht festzuhalten^{10a)} als *culpa levis* „einen geringeren Grad von

⁹⁾ Vgl. Franz Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 199: „Das Wesen der Fahrlässigkeit liegt in dem Mangel an Interesse, daß der Handelnde für das rechtlich geschützte Gut zeigt.“ Ferner S. 165: „etwas Tadelnswertes kann hier nur in den emotionellen Mängeln, in den Fehlern der Gefühlsseite liegen.“ — Der englische Jurist James F. Stephen (der übrigens in bezug auf fahrlässige Handlungen die Absicht, die Handlung zu vollführen, als hinreichendes Schuldmoment ansieht) meint in bezug auf fahrlässige Unterlassungen: In such cases the mental element of criminality is the absence of due attention to the discharge of duties imposed by law. (History of the Criminal Law of England II, 113 f.)

¹⁰⁾ Smith war bekanntlich Schotte, und es ist nicht verwunderlich, daß er seine Rechtsbeispiele dem schottischen Recht entnimmt.

^{10a)} Bekanntlich hält aber auch das römische Recht (vgl. besonders die von Smith zitierte *lex Aquilia*) diese Unterscheidung nicht fest: Vgl. Weismann, Festschrift für Adolf Wach, I, 40 und Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 832 f.

Fahrlässigkeit, der keinerlei Unrecht in sich schließt; derjenige, der sich ihrer schuldig macht, behandelt seinen Nächsten, wie er sich selber behandelt, meint es niemandem böse und ist weit davon entfernt, eine freche Mißachtung für die Sicherheit und das Wohlergehen anderer zu hegen. Indessen ist er nicht so sorgsam und vorsichtig in seinem Betragen, als er es sein sollte, und verdient deswegen bis zu einem gewissen Grade Tadel und Zurechtweisung, doch keinerlei Bestrafung. Wenn er aber durch eine Nachlässigkeit dieser Art für einen anderen Menschen irgendwelchen Schaden herbeiführen sollte, so wird er dennoch nach dem Recht, und zwar wie ich glaube nach dem Recht aller Staaten verpflichtet, denselben wieder gutzumachen. Und obgleich dies zweifellos eine wirkliche Bestrafung ist und es keinem Sterblichen eingefallen wäre, ihm eine solche aufzuerlegen, wäre es nicht wegen des unglücklichen Vorfalls, der durch sein Betragen herbeigeführt wurde, so wird doch diese Entscheidung des Gesetzes von den natürlichen Empfindungen aller Menschen gutgeheißen. Nichts kann unserer Ansicht nach gerechter sein, als daß ein Mann nicht durch die Sorglosigkeit des anderen leiden solle und daß der Schaden, der durch die tadelnswerte Nachlässigkeit eines Menschen herbeigeführt wurde, auch von demjenigen wiedergutmacht werden soll, der sich derselben schuldig gemacht hat.“

Schließlich gibt es einen geringsten Grad von Fahrlässigkeit (*culpa levissima*); dieser besteht in dem Mangel der äußersten Furchtsamkeit und Vorsicht in bezug auf die möglichen Folgen unseres Verhaltens. Und obwohl wir es manchmal einem Menschen zum Vorwurf machen würden, wenn wir tatsächlich eine solche Furchtsamkeit an ihm bemerkten, so werden wir ihn doch, wenn er es an dieser übertriebenen Ängstlichkeit fehlen läßt und ein unglücklicher Erfolg aus seinem Verhalten entsteht, für diese Folgen verantwortlich machen. So schreibt die *lex Aquilia* vor, daß derjenige Reiter Schadenersatz zu leisten habe, der sein Pferd nicht zurückzuhalten vermag und infolgedessen den Sklaven eines andern niederreitet.

Interessant ist aber die Begründung, die Smith für diese Erscheinung der Erfolgshaftung, die seiner Ansicht nach in den angeführten Fällen mehr oder weniger vorliegt, im folgenden Kapitel (II, 3/3) vorbringt. Von seiner teleologischen Naturauffassung ausgehend, sucht Smith den Zweck zu erkennen, den die Natur durch diese „Regelwidrigkeit unserer Gefühle“ erreichen wollte. Was wäre die Folge, wenn sich unsere Gefühle nur durch jenen früher erwähnten Grundsatz leiten ließen, daß der Mensch für

seine Gesinnung und nur für seine Gesinnung verantwortlich sei? Die Folge wäre, daß wir gegen bloße Gefühle und Absichten, die sich nie in Handlungen äußern, denselben Unwillen hegen müßten, wie jetzt gegen die Handlungen selbst. Da wir aber Gesinnungen, Gefühle und Absichten nie zweifellos zu erkennen vermögen, da wir auch bei anscheinend einwandfreien Handlungen immer noch den Argwohn hegen müßten, daß ihnen irgendwelche böse Wünsche oder Vorsätze zugrunde liegen, so müßte jeder Gerichtshof zu einem wahren Inquisitionstribunal werden und alle Sicherheit und alles gegenseitige Vertrauen ein Ende nehmen. Auf der anderen Seite ist es ganz offenkundig für die Sicherheit der Gesellschaft ein großer Vorteil, daß auch das unabsichtlich herbeigeführte Übel für seinen Urheber als Unglück gilt. Denn dadurch wird dem Menschen eine höhere Achtung vor der Glückseligkeit seiner Brüder eingeflößt, die er sich nun hüten wird, durch irgendeine Handlung — sei es auch bloß unbewußt — zu verletzen. „Wie in den alten heidnischen Religionen jener heilige Boden, der einem Gott geweiht war, nur bei feierlichen Anlässen und bei zwingender Notwendigkeit betreten werden durfte, und der Mann, der — sei es auch bloß unwissend — ihn entweihte, dadurch von diesem Augenblick an sühnebedürftig wurde und, solange die Tat nicht in gebührender Weise gesühnt war, der Rache jenes mächtigen unsichtbaren Wesens ausgesetzt war, dem der Platz zum besonderen Eigentum bestimmt worden, — so wurde durch die Weisheit der Natur in gleicher Weise die Glückseligkeit eines jeden schuldlosen Menschen zu etwas Heiligem gemacht, geweiht und ringsum mit einer Hecke umgeben gegen die Annäherung jedes anderen Menschen, damit sie nicht mutwillig mit Füßen getreten werde, damit sie nicht irgendwie — sei es auch bloß unwissentlich und unabsichtlich — verletzt und entweiht werde, ohne daß dafür Sühne und Buße gefordert würde, die zu der Schwere einer solchen unbeabsichtigten Verletzung in angemessenem Verhältnis stünde.“

So fühlt sich derjenige, der durch einen Zufall zum Werkzeug des Todes eines anderen geworden ist, verpflichtet, für die Hinterbliebenen des Toten zu sorgen und wird selbst jenes Ereignis als ein großes Unglück betrachten, das ihm zugestoßen ist.

Smith verweist hier auf die Helden gewisser Tragödien, deren ganze Schuld eine eingebildete „trügerische“ ist, die sich aber, obwohl sie das Unglück, das sie verursachten, nicht gewollt haben, dennoch sühnebedürftig fühlen. Smith führt vor allem Oedipus und Jokaste an und befindet sich dabei, wie ich in meiner

Ausgabe der „Theory“ gezeigt habe¹¹⁾, in voller Übereinstimmung mit Aristoteles. Auch Aristoteles ist der Ansicht¹²⁾, daß unser Mitleid nur dem „unschuldig Leidenden“ (*ἀνάξιος δυστυχών*) zuteil wird und daß der tragische Held nicht durch seine Schlechtigkeit und Lasterhaftigkeit (*διὰ κακίαν καὶ μοχθηρίαν*) ins Unglück gestürzt sein dürfe, sondern durch einen großen Fehler (*δι' ἁμαρτίαν μεγάλην*); dabei scheint Aristoteles hier unter *ἁμαρτία* auch die unverschuldete Verursachung eines Übels zu verstehen, denn ausdrücklich verweist er im folgenden auf jene Tragödien, in denen „das Fürchterliche“ (*τὸ δεινόν*) unwissentlich verübt werde wie im Oedipus des Sophokles¹³⁾.

¹¹⁾ I. Band S. 294 Anm. 49.

¹²⁾ Poetik, 13, 1453 f.

¹³⁾ Die Einstellung zu der Tat des Oedipus in verschiedenen Zeitaltern könnte geradezu als ein Gradmesser für die Entwicklung des Schuldgedankens betrachtet werden. Zweifellos galt der ältesten Zeit, aus der die Sage von Oedipus stammt, Oedipus als schuldig in jeder Beziehung. Wie die Tabu-Verletzung bei Primitiven straffällig macht, ohne Rücksicht auf die Absicht des Täters, so waren offenbar auch nach altgriechischer Auffassung die Verbrechen des Oedipus (Vatermord, Blutschande) Verletzungen der von den Göttern geheiligten Institutionen, die Strafe forderten. (Vgl. Lipsius, Attisches Recht I, 19 über die Auffassung der homerischen Zeit.) Sophokles selbst dachte schon anders von der Tat. Im Oedipus auf Colonos läßt er es den Oedipus aussprechen, daß seine Tat ein ungewolltes Tun (ein *ἄκον πρᾶγμα*) war (Vers 977). Wie die Redner der späteren Zeit die Tötung in Notwehr als *φόνος δίκαιος* bezeichneten, der gesetzlich erlaubt war (vgl. Lipsius III. S. 600 ff.), so beruft sich Oedipus hier darauf, daß er in Notwehr gehandelt habe. Er erklärt, daß seine Tat unfrei war, denn er habe den Vater in seinem Angreifer so wenig erkannt wie die Mutter in der Frau, die er heiratete, ja da die Götter durch Orakelspruch schon vor seiner Geburt dem Vater sein künftiges Schicksal vorhergesagt, so sei er auch darum von Schuld freizusprechen, weil sein Tun vorherbestimmt war. Daß Sophokles recht wohl zwischen Absicht und Erfolg schied, zeigen aber auch viele andere Stellen (Oed. Col. 266, 521, 547 u. ö. Trachinierinnen 1123, 1136, 466, Antigone 1340 u. a.). Dennoch galt auch einem Sophokles und, wie es nach dem Angeführten scheint, auch Aristoteles die unbeabsichtigte Tat als sühnebedürftig. Überhob doch auch nach attischem Recht die Straflosigkeit der unbeabsichtigten Tötung nicht der religiösen Pflicht, sich gewissen Reinigungsgebräuchen zu unterziehen (Lipsius III, 618). Ein Rest dieses religiösen Reinigungsbedürfnisses ist jene Sühnebedürftigkeit, von der Smith spricht. Ein sonderbares Zeichen dafür, wie wenig ein modern denkender Dichter die tragische Schuld eines Oedipus nachzuempfinden vermag, liegt schließlich in dem Distichon Schillers (Xenien 327) vor, das die Überschrift trägt: „Die höchste Harmonie“:

Oedipus reißt die Augen sich aus, Jokasta erhängt sich,
Beide schuldlos; das Stück hat sich harmonisch gelöst.

Die Theory of moral sentiments enthält aber nicht nur Beiträge zu einer Theorie der sittlich-rechtlichen Beurteilung, sondern auch eine Art Straftheorie. Der ganzen Tendenz des Buches entsprechend, gibt diese Theorie allerdings nur implicite eine Begründung des Rechts zu strafen, vielmehr in erster Linie eine Untersuchung der Motive des Strafrechts überhaupt. Polemisch gegen Humes utilitarische Theorie sucht Smith (II, 2, 3) zu beweisen, daß es nicht die Rücksicht auf die Gesellschaftsinteressen ist, was uns veranlaßt, die Bestrafung gutzuheißen, die dem Verbrecher zu teil wird. Es ist zwar richtig, daß die Gerechtigkeit dahin wirkt, den Bestand der Gesellschaft zu sichern, der durch verbrecherische Handlungen gefährdet wird. Aber wir müssen uns hüten, die wirkende Ursache und die Zweckursache einer Erscheinung zu verwechseln. So wenig wir einer Uhr die Absicht zuschreiben dürfen, den Zweck, für den sie verfertigt wurde, zu verwirklichen, so wenig wir die physischen Funktionen des Organismus (wie Zirkulation, Respiration, Sekretion usw.) daraus erklären dürfen, daß wir den betreffenden Organen den Wunsch oder die Absicht unterschieben, die Wirkungen hervorzubringen, die sie tatsächlich verursachen, ebensowenig dürfen wir dem Menschen, wenn er durch seine Handlungen bestimmte Zwecke (in unserem Falle die Erhaltung der Gesellschaft) verwirklicht, darum die Absicht zuschreiben, diese Zwecke zu erreichen. Nur in Ausnahmefällen kommt es vor, daß wir die Bestrafung eines Verbrechers bloß aus Rücksicht auf das Gesellschaftsinteresse billigen, das eine solche Bestrafung fordert. Hierher gehören Vergehungen gegen die bürgerliche Polizeiordnung oder gegen die Kriegszucht. Wenn an einem Wachtposten, der während des Dienstes eingeschlafen ist, die Todesstrafe vollzogen werden soll, so müssen wir eine gewisse Selbstüberwindung aufbringen und uns die verderblichen Folgen eines solchen Verhaltens recht deutlich ausmalen, ehe wir eine derartige Strafe gutheißen können. Auch sonst wird oft das Mitleid mit dem Verbrecher uns seine Bestrafung bedauern lassen, und in solchen Fällen ist es wohl nötig, Überlegungen über das allgemeine Gesellschaftsinteresse zu Hilfe rufen. Auch dann, wenn von jungen, unbedachten Menschen die Gebote der Ethik verläßt werden, sehen wir uns oft veranlaßt, darauf hinzuweisen, welch verderbliche Folgen für die Ruhe und Ordnung der Gesellschaft ein bestimmtes Verhalten haben kann.

In Wahrheit aber erweckt ein verbrecherisches oder unmoralisches Verhalten ohne weitere Überlegung unsere Mißbilligung und unseren Unwillen, und wenn wir in dem zuletzt

erwähnten Fall uns auf das allgemeine Gesellschaftsinteresse berufen, so ist dies eigentlich überflüssig, und es sollte genügen, wenn wir einfach feststellen, daß ein derartiges Verhalten der natürliche Gegenstand der Mißbilligung und Verabscheuung ist.

Es ist tatsächlich nicht das Interesse, das wir an dem Bestand der Gesellschaft haben, was uns die Bestrafung des Übeltäters billigen läßt. Es ist vielmehr die auf Grund der Sympathie in uns entstehende Anteilnahme, die wir dem Vergeltungsgefühl des Geschädigten entgegenbringen, was uns zu einer solchen Stellungnahme veranlaßt. Diese Anteilnahme, dieses Mitgefühl hegen wir für unseren Nebenmenschen bloß darum, weil er unser Nebenmensch ist, und wir hegen dieses Gefühl — wenigstens sofern wir gerecht und unparteiisch sind, sogar gegenüber einem uns verhaßten Menschen, wenn er von anderen zu Unrecht geschädigt wird. Aus dieser Anteilnahme entsteht in uns ein Gefühl des Abscheues gegen den Verbrecher, das ohne jede Reflexion auftritt; denn wir sehen ja, daß auch die dümmsten und gedankenlosesten Menschen, die niemals über die Bedeutung nachgedacht haben, welche der Gerechtigkeit vom Standpunkt des Gesellschaftsinteresses aus zukommt, dieses Gefühl in sich erleben (S. 134). Dieses Gefühl ist auch so ursprünglich, daß es ganz irrig wäre, wenn man etwa annehmen wollte, die Mißbilligung, die wir gegenüber einer verbrecherischen Handlung hegen, beruhe auf einer Subsumtion des betreffenden Falles unter eine allgemeine Regel, welche Handlungen dieser Art verurteilt oder verbietet. Diese Regeln selbst sind vielmehr erst ein Produkt der Erfahrung, abstrahiert von früheren Werturteilen, die wir selbst und andere gefällt haben. Wenn ein Mensch etwa zum erstenmal Zeuge eines Mordes wäre, so würde er doch unmittelbar und ohne weitere Überlegung von Abscheu gegen die Tat und den Täter erfüllt werden, und er müßte nicht etwa erst sich die Regel ins Gedächtnis rufen, die den Mord mißbilligt (S. 241).

Das Strafrecht beruht also nach Smith auf dem allen Menschen ursprünglich eingepflanzten Vergeltungsgefühl (resentment) im Verein mit der Fähigkeit des Nacherlebens fremder Gefühle (sympathy)¹⁴⁾, auf Grund deren wir das Vergeltungsgefühl des Geschädigten nachempfinden. Will man für diese Begründung des Strafrechts einen Namen, so müßte man sie als Vergeltungstheorie bezeichnen. Tatsächlich steht Smith auf dem Boden der Vergeltungsstrafe, und er erklärt ausdrücklich, daß

¹⁴⁾ Über Begriff und Wesen der Sympathie bei A. Smith siehe die Einleitung zu meiner Übersetzung der Theory I. Bd. S. LIX ff.

„die Natur — wenigstens in Ansehung des fürchterlichsten von allen Verbrechen (sc. des Mordes) — vor allen Überlegungen über den Nutzen der Strafe, dem menschlichen Herzen in den stärksten und unzerstörbarsten Schriftzeichen eine unmittelbare und instinktive Billigung jenes geheiligten und notwendigen Gesetzes der Wiedervergeltung des Gleichen mit Gleichem eingeprägt habe“ (103). „Wie jedermann tut, so soll ihm wieder getan werden, und die Wiedervergeltung des Gleichen mit Gleichem scheint das große Gesetz zu sein, das uns von der Natur selbst vorgeschrieben worden ist“ (121)^{14a}).

Zum Schlusse mögen noch einige Stellen aus Smiths Werken besprochen werden, aus denen seine Stellung zu den Grundprinzipien der Rechtsphilosophie überhaupt erschlossen werden kann.

Smith war von der Wichtigkeit rechtsphilosophischer Untersuchungen so überzeugt, daß er gelegentlich (Theory 370) die Wissenschaft vom Naturrecht als die bei weitem wichtigste von allen Wissenschaften bezeichnet. Er beklagt, daß diese Wissenschaft bisher so wenig gepflegt worden sei, und meint, daß das Werk des Grotius über das Recht des Krieges und des Friedens trotz aller seiner Unvollkommenheiten doch immer noch das beste sei, das über diesen Gegenstand geschrieben wurde (l. c. 570, ebenso Lectures S. 1). Smith selbst hatte die Absicht, ein derartiges Werk zu schreiben, wie er am Schluß seiner Theory 1759 erklärte; in der letzten Auflage dieses Werkes sagt er im Vorwort (1790), er sei bisher infolge der mancherlei Beschäftigungen, die ihm das Leben auferlegt habe, nicht dazu gekommen, diese Absicht auszuführen, aber er gebe die Hoffnung nicht auf, das Werk noch zu vollenden. Nach einem Brief vom 1. November 1785 an den Herzog von La Rochefoucauld (den Enkel des Urkells des Autors der *Maximen*) scheint es, daß Smith tatsächlich noch in seinen letzten Lebensjahren an diesem Buche arbeitete. Uns ist von diesem Werke jedoch nichts erhalten, und falls es wirklich bereits in Angriff genommen war, so muß das Manuskript unter den Schriften gewesen sein, die Smith unmittelbar vor seinem Tode durch seine Freunde Black und Hutton verbrennen ließ. Einen teilweisen Ersatz für dieses niemals erschienene Buch haben wir jetzt in den *Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms*, die E. Cannan 1896 nach einer damals entdeckten Nachschrift eines Hörers der Glasgower Vorlesungen von

^{14a}) Nebenbei erkennt Smith allerdings auch die Spezial- und Generalpräventionszwecke der Strafe an (z. B. S. 99 und 116).

1763 veröffentlicht hat. Dieses Vorlesungsheft läßt uns immerhin erkennen, welchen Charakter das geplante Buch gehabt hätte. Diese Vorlesungen, die offenbar den dritten Teil von Smiths Vorlesungskurs über Moralphilosophie darstellen¹⁵⁾, enthalten, abgesehen von den nationalökonomischen Ausführungen, die später in den „Wealth of Nations“ verarbeitet wurden, eine Art Geschichte der Staatsentstehung sowie des öffentlichen und Privatrechts, die wir heute ihrem wissenschaftlichen Charakter nach etwa als eine soziologische Untersuchung bezeichnen würden. Den gleichen Charakter hätte wohl das geplante größere Werk getragen, denn er nennt es in dem Schlußabschnitt der Theory „eine Darstellung der allgemeinen Prinzipien des Rechts und der Regierung (oder des Staates), sowie der verschiedenen Umwälzungen, die sie in den einzelnen Epochen und Zeitaltern der Gesellschaft durchgemacht haben“, und in dem bereits erwähnten Brief bezeichnet er das geplante Werk als „eine Art Theorie und Geschichte des Rechtes und der Regierung (oder des Staates)“.

Schon dieser Umstand macht es wahrscheinlich, daß Smith, einem sogar noch im 19. Jahrhundert allgemein verbreiteten Sprachgebrauch folgend, unter Naturrecht „Natural Jurisprudence“ Rechtsphilosophie oder Rechtspolitik überhaupt verstand.

Daß man aber Smiths rechtsphilosophischen Standpunkt nicht als einen eigentlich naturrechtlichen bezeichnen kann — zumindest dann nicht, wenn man im Sinne Bergbohms und der herrschenden Auffassung „naturrechtlich“ nur jene Einstellung nennt, welche für die Geltung einer Norm kein weiteres Kriterium kennt als ihre Vernünftigkeit oder Naturgemäßheit, d. h. also jede aus rationalen Erwägungen abgeleitete Norm damit eo ipso als geltend ansieht¹⁶⁾, das geht mit voller Deutlichkeit aus den Definitionen hervor, welche Smith selbst von der Naturrechtswissenschaft in seinem Sinne gibt. Denn Smith betont wiederholt, daß das Naturrecht jene Prinzipien umfaßt, welche die Grundlage des

¹⁵⁾ Das Nähere hierüber siehe in meiner Einleitung zur Theorie der ethischen Gefühle, I. Band S. XXV f.

¹⁶⁾ E. Lask hat in seinem ausgezeichneten Artikel „Rechtsphilosophie“ in Windelbands „Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts“ die Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Naturrecht aufgestellt, wobei er unter letzterem der Kodifikation würdige Forderungen versteht, die aber mit dem Bewußtsein, daß sie nicht positives Recht sind und daher im Sinne des positiven Rechts nicht „gelten“, vorgebracht werden. Smiths Standpunkt würde danach dem Naturrecht im materiellen Sinn entsprechen. — Vgl. zu der Unterscheidung auch meine Schrift: Das antike Naturrecht in sozialphilosophischer Beleuchtung, Wien 1926.

Rechts aller Völker bilden sollten (569 f. und Lectures 1) oder die Regeln, auf die sich die Normen des bürgerlichen ebenso wie des Strafgesetzes gründen sollten (370). Er ist sich dessen bewußt, daß die positiven Gesetze keineswegs immer diesen Normen entsprechen¹⁷⁾. Mit einem an Stammler erinnernden Ausdruck¹⁸⁾ sagt Smith: „Jedes System des positiven Rechts kann als ein mehr oder minder unvollkommener Versuch zu einem System des Naturrechts betrachtet werden, oder zu einer Aufzählung der einzelnen Regeln der Gerechtigkeit.“ (568.) Den Grund, warum das positive Recht dem Naturrecht nicht ganz entspricht, erblickt Smith in dem unheilvollen Einfluß der Staatsraison oder partikulärer Interessen einzelner Stände auf die Gesetzgebung, ferner in der Roheit und Barbarei einzelner Völker und schließlich in der Mangelhaftigkeit der Gerichtsorganisation (568 f.). Keine Äußerung Smiths aber deutet darauf hin, daß er dem notwendigerweise unvollkommenen Recht eben im Hinblick auf diese Unvollkommenheit die Geltung abgesprochen hätte, oder daß er den Regeln der Naturrechtswissenschaft, wie er sie verstand, positivrechtliche Geltung zugeschrieben hätte¹⁹⁾.

Auch in seiner Beantwortung einzelner rechtsphilosophischer Fragen trennt sich Smith von den Anschauungen der naturrechtlichen Schule. Zwar scheint auch er mit den Naturrechtlern²⁰⁾ einen ursprünglichen gesellschaftslosen Zustand der Menschen angenommen zu haben, denn er wirft in seinen Vorlesungen (Lectures p. 8) gelegentlich die Frage auf, welche Prinzipien die Menschen bewogen haben mögen, sich in eine bürgerliche Gesellschaft zu begeben, aber er lehnt die zu seiner Zeit noch allgemein

¹⁷⁾ Theorie S. 569: „Die positiven Rechtsordnungen können . . . niemals als genau zutreffende Systeme der Regeln des Naturrechts betrachtet werden.“

¹⁸⁾ Vgl. Stammler, Die Lehre vom Richtigen Recht S. 31: „Alles gesetzte Recht ist ein Versuch, richtiges Recht zu sein.“

¹⁹⁾ Eine ganz andere Frage ist es, inwieweit die allgemeine Weltanschauung Smiths, insbesondere sein Vertrauen auf den natürlichen Lauf der Dinge, das auf seinem optimistischen Deismus beruht und auch in seinen nationalökonomischen Ansichten stark zum Ausdruck kommt (insbesondere in seiner Verteidigung der Wirtschaftsfreiheit, vgl. aber auch Theorie S. 161, 371 oder etwa 376, an welcher Stelle Smith die Erziehung im Elternhaus u. a. mit der Begründung empfiehlt, daß sie die natürlichere sei), mit der naturrechtlichen Einstellung verwandt ist. Für den Einfluß naturrechtlicher Lehren auf Smith in dieser Hinsicht vgl. besonders Wilhelm Hasbach, Die philosophischen Grundlagen der von F. Quesnay und Adam Smith begründeten politischen Ökonomie.

²⁰⁾ Hierher könnte man auch Smiths Eintreten für die Berechtigung des Widerstandsrechtes rechnen. (Lectures p. 68, vgl. auch Theorie S. 75 und 504.)

herrschende Vertragstheorie grundsätzlich ab²¹⁾. Smiths Einwände gegen die Lehre vom Gesellschaftsvertrag sind in erster Linie folgende: Es sei unmöglich, daß sich der Gehorsam gegenüber der Regierung auf einen Vertrag gründet, von dem niemand etwas weiß; fragt man aber einen Mann aus dem Volk, weshalb er der Obrigkeit gehorche, so wird er entweder erwidern, weil es so recht sei, oder, weil er andere es tun sehe, oder weil er sonst bestraft würde, oder schließlich, weil Ungehorsam eine Sünde gegen Gott wäre. Wäre aber auch jemals ein solcher Vertrag abgeschlossen worden, meint Smith, so könnte er doch die Nachkommen derjenigen nicht binden, die ihn vereinbart haben; man sei auch keineswegs berechtigt, ihr Verbleiben im Staate als stillschweigende Einwilligung anzusehen, denn einerseits ist die Möglichkeit, auszuwandern, für die große Mehrheit der Bevölkerung gar nicht vorhanden, andererseits läßt kein Staat die bloße Auswanderung als Aufhebung des Treueverhältnisses gelten. Ja noch mehr, kein Staat behandelt Einwanderer, die doch durch die Tatsache ihrer Einwanderung viel deutlicher ihrer Absicht, in diesem Staate zu leben, Ausdruck gegeben haben, so gut wie Einheimische; ferner wäre der Beamteneid überflüssig, wenn jeder schon durch eine stillschweigend übernommene Vertragspflicht zur Treue gegen seinen Heimatstaat verpflichtet wäre. Schließlich scheint Smith der Umstand, daß in allen Staaten Hochverrat weit strenger bestraft werde als Vertragsbruch, zu zeigen, wie widersinnig es ist, die Gehorsamspflicht gegenüber dem Staat auf einen Vertrag zurückzuführen.

Was uns an dieser Widerlegung nicht befriedigt, ist wohl vor allem der Umstand, daß Smith in erster Linie die Tatsache eines (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Vertragsabschlusses zu widerlegen sucht. Sind wir doch heute gewohnt, die Vertragstheorie als Fiktion zu würdigen, eine Auffassung, wie sie insbesondere von Rousseau in den Eingangsworten seines *Contrat social* und noch entschiedener dann von Kant (insbesondere in seiner Schrift „Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“) vertreten wurde.

²¹⁾ Insbesondere Francis Hutcheson, Smiths Lehrer in Glasgow, war ein eifriger Verfechter der Vertragstheorie, die, wie Hume gelegentlich (*Works* III, 460) sagt, einer der politischen Grundsätze der Whigs war. Hume selbst hatte übrigens schon vor Smith in seinem Essay „On Original Contract“ (erstmalig 1748 erschienen) die Vertragstheorie mit ähnlichen Argumenten wie Adam Smith bekämpft (s. u.). — Über Smiths politische Ansichten vgl. meine Einleitung zur „Theorie der ethischen Gefühle“ S. XVII und XLII ff.

Man darf aber nicht vergessen, daß die Literatur bis Rousseau in historischen Darstellungen nicht gewohnt war, eine scharfe Trennung zwischen Hypothese und Fiktion (im Sinne Vaihingers) vorzunehmen. Während Locke z. B., der in seinen *Treatises on Civil Government* (II. Chap. VIII. § 95 ff.) die für die englische Staatslehre klassische Darstellung der Vertragstheorie gab, seine Erörterungen mit der Erklärung beginnt, daß die Annahme eines Staatsvertrages notwendig sei, da sonst nicht verstanden werden könne, wie es kommt, daß Menschen, die doch alle von Natur frei seien, der Macht eines anderen unterworfen sein können²²⁾, sucht er doch andererseits die Tatsache eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertragsabschlusses mit einer ganzen Reihe von Argumenten zu erhärten. Und es ist charakteristisch, daß Hume in seiner Widerlegung der Vertragstheorie (*Of the Original Contract*, Works III p. 443) neben empirischen Argumenten gegen die Tatsächlichkeit des Vertragsabschlusses auch solche Einwände vorbringt, die zeigen sollen, daß die Annahme eines Staatsvertrages zwecklos sei, da sie die Gehorsampflicht nicht zu begründen vermag, womit er doch den fiktionalen Charakter der Theorie voraussetzen scheint²³⁾.

Originell erscheint mir Smiths Ansicht vom Zweck des Staates. Zwar hatte schon Locke in der zweiten der obenerwähnten Abhandlungen (*Two Treatises on Civil Government* II, § 94, 123 u. ö.)²⁴⁾ erklärt, der Staat habe keinen anderen Zweck als den Schutz des Eigentums, aber er hatte dabei unter „Eigentum“ Leben, Freiheit und Vermögen der Bürger verstanden. Bei Smith nimmt die gleiche Behauptung eine eigentümliche Färbung dadurch an, daß er den Satz „der Zweck des Staates sei Sicherung des Eigentums“ dahin ergänzt: „das heißt der Schutz der Reichen gegen die Armen“²⁵⁾. In diesem Satz, dessen nähere Erörterung

²²⁾ Die Stelle erinnert stark an die Worte Rousseaus im Anfang seines „*Contrat Social*“. — Übrigens hat auch Francis Hutcheson ähnlich argumentiert, indem er die Annahme eines Staatsvertrages als zur Rechtfertigung der Staatsgewalt notwendig hinstellt. Vgl. besonders: „*A Short Introduction to Moral Philosophy*“, engl. Ausg. p. 285.

²³⁾ Vgl. bes. III, 456: The obligation to allegiance being of like force and authority with the obligation to fidelity, we gain nothing by resolving the one into the other. — Vielleicht könnte man übrigens auch den letzten der oben angeführten Einwände von Smith in diesem Sinne verstehen. Zur Frage der historischen oder rationalen Vertragstheorie vgl. auch Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 200 ff., der letzteren Standpunkt schon bei Hobbes findet und meint, daß Locke in diesem Punkte tief unter Hobbes stehe.

²⁴⁾ Ausgabe von J. Morley p. 239 sequ., 256.

²⁵⁾ *Lectures* p. 15. Vgl. auch *Wealth* V, 1, 2, Ausgabe von Cannan II p. 203 ff.

uns hier zu weit führen würde, scheint mir doch ein weiterer Beweis dafür zu liegen, daß die landläufige Einschätzung von Adam Smith einer gründlichen Revision bedarf, und daß die von Albion W. Small und Charles Gide vertretene Ansicht, wir hätten in Smith eigentlich einen Vorläufer des modernen Sozialismus zu erblicken, ihre guten Gründe hat ²⁶⁾.

²⁶⁾ Albion W. Small, A. Smith and Modern Sociology p. 65, Gide und Rist, Geschichte der nationalökonomischen Lehrmeinungen S. 101. Vgl. auch meine Einleitung zur „Theorie“ S. LVII f. — Das Urteil von Small und Gide bezieht sich allerdings in erster Linie auf Smiths sozialpolitische Ansichten und auf seine Lehre von der Bedeutung der Arbeit.

Recht an sich und erkennbares Recht.

Von

Dr. A. Affolter, Bundesrichter, L a u s a n n e.

I.

Die Rechtsordnung läßt auf Grund bestimmter Tatbestände subjektive Rechte entstehen, ganz abgesehen davon, ob sie beweisbar und so für unbeteiligte Dritte, insbesondere im Bestreitungs-falle für den Richter erkennbar sind. Der Mangel an Offenkundigkeit der wahren Rechtslage ist ein häufiger. Wir müssen aber das Dasein auch nicht beweisbarer Rechte anerkennen; es besteht die Möglichkeit, daß der Mangel gehoben werden kann oder daß der Verpflichtete die Berechtigung nachträglich anerkennt. Ein Recht kann bestehen trotz fehlender Beweise ¹⁾.

Durch Übertretung einer Strafnorm entsteht eine Schuld, auch wenn die Zuwiderhandlung dem Täter nicht nachgewiesen werden kann.

Wir können so ein weiteres und ein engeres Gebiet der Rechte (und Verschuldungen) hervorheben. Das Gebiet der Rechte an sich, unterliegend der rein theoretischen oder idealen Betrachtung, und das Gebiet der erkennbaren Rechte, das einzig von praktischer Bedeutung für den Richter ist. Die beiden Gebiete sind auseinanderzuhalten. Es besteht zwar kein eigentlicher Gegensatz

¹⁾ L. 30 dig. 26, 2 (Paulus): Duo sunt Titii, pater et filius, datus est tutor Titius, nec apparet, de quo sensit testator; quaero, quid sit juris? Respondit: is datus est, quem dare se testator sensit; si id non apparet, non jus deficit, sed probatio, igitur neuter est tutor. Vgl. über diese Stelle Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 253.

zwischen Recht an sich und erkennbarem Rechte, da letzteres lediglich eine Qualifikation des ersteren bedeutet, allein wir müssen die beiden Begriffe doch auseinanderhalten und uns klar werden, ob wir bei Behandlung einzelner Fragen die ideale oder die praktische Seite der Rechtswelt ins Auge fassen²⁾).

Vom Standpunkt der idealen Betrachtung aus lassen sich folgende Sätze aufstellen: Es besteht ein Anspruch auf ein günstiges Urteil für den Fall, daß Rechte gerichtlich geltend gemacht werden müssen; es besteht ein Anspruch auf Freisprechung, wenn jemand schuldlos beklagt wird. Es liegt die Verpflichtung vor, sich vom Richter abweisen zu lassen, wenn die eingereichte Klage unbegründet ist; wer schuldig ist, hat die Verpflichtung, sich verurteilen zu lassen.

Diese Ansprüche und Verpflichtungen beziehen sich auf das gesamte materielle Recht: Privat-, Straf- und Verwaltungsrecht. Die Rechte, die in Betracht kommen, sind die subjektiven Privatrechte, die Strafansprüche des Verletzten oder der Anklagebehörde und die fiskalischen Forderungen. Als Schulden, die eine Verpflichtung zur Verurteilung nach sich ziehen, kommen die privatrechtlichen Verpflichtungen, die Delikte und die fiskalischen Verbindlichkeiten in Betracht.

Der Anspruch auf ein günstiges Urteil bzw. auf Freisprechung läßt sich als *Rechtsschutzanspruch*³⁾, die Verpflichtung, ein abweisendes bzw. verurteilendes Erkenntnis entgegenzunehmen, als *Rechtsanerkennungspflicht* bezeichnen. Diese Ansprüche und Verpflichtungen richten sich als öffentliche (staatsrechtliche) gegen die staatlichen Behörden. Sie entstehen mit der Persönlichkeit und sind abstrakter Natur, d. h. sie beziehen sich vorprozessual auf alle möglicherweise eintretenden Fälle des Berechtig-, Nichtberechtig-, Schuldig- und Nichtschuldigwerdens während der Dauer der Persönlichkeit. Mit dem Eintreten des Streitfalles werden sie konkret und richten sich auf ein Urteil mit bestimmtem Inhalte.

Vom Standpunkte der praktischen Betrachtung aus ist es notwendig, daß jedermann, der das Vorhandensein eines Rechts behauptet, die Gerichte angehen darf. Man spricht hier vom

²⁾ Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts S. 20 ff. entwickelt den Gegensatz als den der abstrakten und konkreten Betrachtungsweise. Erstere besteht objektiv für jedermann, letztere ist subjektiv und bezieht sich auf den konkreten Fall. Der Gegensatz ähnelt demjenigen von beschreibender und wertender Tätigkeit.

³⁾ Der Ausdruck Rechtsschutzanspruch ist, wie Schüler, der Urteilsanspruch S. 12 hervorhebt, von Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses S. 19 geprägt.

abstrakten Klagrechte. Ihm entspricht das abstrakte Verteidigungsrecht des Beklagten. Während der Rechtsschutzanspruch vom Richter Willenserklärungen bestimmten Inhalts verlangt, ist das abstrakte Klagrecht insofern rein formaler Natur, als es auf äußere Handlungen des Richters gerichtet ist.

II.

Die herrschende Lehre läßt den Rechtsschutzanspruch nicht mit der Persönlichkeit, d. h. abstrakt entstehen⁴⁾, sie verbindet ihn auch nicht, wie die gemeinrechtliche Theorie es tat, mit dem subjektiven Privatrechte, sondern sie knüpft ihn an einen Tatbestand, der aus dem (engeren) zivilistischen Tatbestande, der Tatsache der Nichtbefriedigung oder Bestreitung seitens des Beklagten und anderen auf dem Prozeßrechte beruhenden Voraussetzungen besteht⁵⁾. Der Tatbestand der Entstehung des subjektiven Privatrechts und derjenige des Rechtsschutzanspruchs deckten sich demnach nicht vollständig⁶⁾. Nach dieser Auffassung ist der Rechtsschutzanspruch ein grundsätzlich prozeßrechtlicher. Er entsteht konkret gestützt auf den aus zivilistischen und prozeßrechtlichen Elementen gebildeten Tatbestand. Man muß aber doch annehmen, daß diese konkreten Ansprüche eine gemeinsame Wurzel aufweisen, nämlich den Gedanken, daß die Person, sobald sie ins Leben tritt, die Zusicherung des Rechtsschutzes erhalten müsse, und daß die Behörden allgemein verpflichtet seien, den Schutz, wenn immer nötig, zu gewähren. Dieser Gedanke führt zur Annahme eines abstrakten Rechtsschutzanspruches der Personen und einer abstrakten Rechtsschutzpflicht der Behörden. Der abstrakte Anspruch und die abstrakte Pflicht erhalten jedesmal, wenn der Streitfall eintritt, einen konkreten Inhalt. Die Nichtbefriedigung des Berechtigten ist bloß Veranlassung, den bereits bestehenden Rechtsschutzanspruch geltend zu machen.

⁴⁾ Wach a. a. O. S. 21; Hellwig in verschiedenen Schriften und System des deutschen Zivilprozesses I, S. 248 ff.; Schüler a. a. O. S. 33 ff. und die dort angegebene Literatur.

⁵⁾ Als solche Voraussetzungen führt Schüler a. a. O. S. 33 f. an: Rechtsschutzfähigkeit des Tatbestandes, vorhandenes Bedürfnis, Parteifähigkeit, Prozeßführungsrecht, Zuständigkeit der angerufenen Behörde.

⁶⁾ Bley, Klagrecht und rechtliches Interesse S. 56 ff. führt m. E. zutreffend aus, daß die Annahme eines weiteren als bloß des zivilistischen Tatbestandes für die Entstehung des Rechtsschutzanspruches eine Trennung von Prozeß- und Privatrecht nicht erreichen lasse. Nur der zivilistische Tatbestand, nicht die übrigen Rechtsschutzvoraussetzungen könnten die Verpflichtung des Gerichts zum Urteilsspruche inhaltlich bestimmen. Die Lehre sei also nichts anderes als die alte Aktionentheorie, nur verbrämt mit prozessualen Elementen.

Für die Geltendmachung bestehen dann allerdings bestimmte prozessuale Voraussetzungen; diese sind aber nicht solche des Rechtsschutzanspruches selbst.

Der Rechtsschutzanspruch beruht auf der idealen, rein theoretischen Rechtsanschauung und entbehrt der unmittelbar prozessualen Bedeutung ⁷⁾.

III.

Das a b s t r a k t e K l a g r e c h t fließt aus der Persönlichkeit und besteht darin, die Behörde mit einer Klage oder Beschwerde in Anspruch zu nehmen, so oft es nötig erscheinen mag. Es richtet sich gegen die Behörden und ist staatsrechtlicher Natur. Man hat hier ein eigentliches Recht und nicht bloß eine tatsächliche Möglichkeit anzunehmen ⁸⁾. Auch die Auffassung, das Klagerecht sei nur in dem Falle ein wirkliches Recht, wenn die Klage eine ehrliche sei ⁹⁾, scheint mir nicht zutreffend. Es ist dem Richter nicht möglich, schon bei der Klaganhebung zu ersehen, ob der Kläger in gutem Treuen handelt oder nicht. Wollte man die Folgerung aus dem Satze ziehen, daß nur dem ehrlichen Kläger das Recht zustehe, einen Prozeß zu begründen, so müßte das Gericht, wenn sich bei der Urteilsberatung der böse Glaube herausstellte, das gesamte bisherige Prozeßverfahren mit allen Beweiserhebungen, Zeugeneinvernahmen, Eidesleistungen usw., weil ohne rechtliche Grundlage veranlaßt, als ungültig erklären und ein Urteil verweigern. Das will der Gesetzgeber offenbar verhüten. Er betrachtet das durch eine böswillige Klage begründete Verfahren als rechtsgültig, obschon er das Verhalten

⁷⁾ Der Begriff soll aber, wie Sauer a. a. O. S. 556 bemerkt, nach der Auffassung der Anhänger der Rechtsschutztheorie mehr leisten. Er will nicht nur die spezifisch prozeßrechtlichen Voraussetzungen generell aufzählen, sondern auch die Voraussetzungen für ein günstiges Urteil überhaupt zum Ausdruck bringen. Weil er das nicht kann, entbehrt er der Berechtigung.

⁸⁾ Hellwig, System I S. 291, bemerkt: „Diese Klagsmöglichkeit (häufig als abstraktes publizistisches Klagerecht bezeichnet) ist kein besonderes (prozessuales oder materielles) Recht, weil eben jedermann sie hat. Vielmehr ist sie in dem Rechte, die Persönlichkeit frei zu betätigen, enthalten.“ Daß eine Möglichkeit jedermann zusteht, benimmt ihr m. E. nicht die Natur eines Rechts, man denke an das jedermann zustehende Recht auf freie Meinungsäußerung, Freizügigkeit usw. Sauer a. a. O. S. 535 bemerkt: Man kann seine Rechtsnatur nicht mit dem Hinweise darauf bestreiten, es enthalte nicht etwas, was der Mensch nicht vor andern Menschen voraus habe. Notwendig ist nur, daß auf der andern Seite eine Pflicht besteht.

⁹⁾ So Schüler, Der Urteilsanspruch S. 80 f. in Anschluß an Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm.

des Klägers als Mißbrauch eines Rechts verurteilt. In einzelnen Prozeßordnungen ist bei mutwilliger Prozeßführung die Verhängung von Ordnungsbußen vorgesehen. Auf dem Gebiete des Strafrechts besteht ein Recht des Bürgers auf Anzeige strafbarer Handlungen. Böswillige Anzeigen stehen unter Strafandrohung. Bei von Amts wegen verfolgbaren Delikten kommt das Klagrecht der staatlichen Anklagebehörde zu. Wider besseres Wissen oder fahrlässig erhobene Anklagen der Staatsanwaltschaft können Gegenstand eines Disziplinarverfahrens werden. Auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts besteht das Recht auf Verwaltungsbeschwerde oder verwaltungsgerichtliches Verfahren. Auch hier sind Ordnungsbußen bei mißbräuchlich erhobenen Beschwerden denkbar.

Das abstrakte Klagrecht geht nicht bloß dahin, eine Klage beim Richter anzubringen, sondern besteht auch in dem Anspruche darauf, daß die Klage nach allen Regeln und Gewährleistungen des Prozeßrechts behandelt und zu Ende geführt werde. Es umfaßt so das Recht auf Anhörung, auf Urteil, auf Gewährung der gesetzlichen Rechtsmittel und im Falle des Obσιiegens auf Vollstreckung des Urteils. Es werden von verschiedenen Schriftstellern einzelne besondere öffentliche Ansprüche je nach den einzelnen Stadien des Verfahrens hervorgehoben. So wird das Recht auf Gehör als selbständiges, mit der Prozeßanhebung entstehendes hingestellt. Es scheint mir aber kein genügender Grund vorhanden zu sein, ein vom Klagrecht getrenntes Recht auf Gehör anzunehmen. Das Klagrecht entfaltet sich allerdings erst mit der Klaganhebung; es umfaßt aber schon von seiner Entstehung an den Anspruch auf Anhörung im Falle des Prozesses. Es wird sodann im weiteren ein besonderes Recht auf Entscheidung angenommen¹⁰⁾. Allein auch dieses Recht ist, wie das Recht auf Gehör, bereits im Klagrecht enthalten, es entfaltet sich mit der Geltendmachung des letztern. Das Recht auf Ergreifung von Rechtsmitteln ist Ausfluß des Rechts auf Gehör¹¹⁾. — Als besonderes Recht wird endlich auch der Anspruch auf Vollstreckung des Urteils hingestellt, der mit der Rechtskraft des Urteils entstehe¹²⁾; dieser Anspruch ist aber doch innig mit

¹⁰⁾ Schüler a. a. O. S. 83.

¹¹⁾ „Das Rechtsmittelrecht gibt die Befugnis, von einer höheren Instanz gehört zu werden“, Bley a. a. O. S. 45.

¹²⁾ Hellwig, System I S. 40: Die Verurteilung begründet für die staatlichen Vollstreckungsorgane die Pflicht zur Zwangsvollstreckung und demgemäß für den Kläger „das vorher noch nicht vorhandene prozessuale Recht, jene Vollstreckungshilfe zur Verwirklichung seines Anspruches auf ein Tun oder Unterlassen zu verlangen“.

dem Rechte auf Gehör und Entscheidung verbunden. Das allgemeine Klagrecht, obgleich vorprozessual, umfaßt so alle Möglichkeiten, die zur Verwirklichung eines Rechts führen können.

Das abstrakte Klagrecht mit seinen Abzweigungen (Recht auf Entgegennahme der Klage, auf rechtliches Gehör, auf Erlaß eines Urteils, auf die Rechtsmittel und auf Vollstreckung) richtet sich nur gegen die Behörden, nicht gegen den Beklagten. Ein öffentlich-rechtlicher Anspruch des einzelnen kann begrifflich nur gegen die öffentliche Gewalt gerichtet sein¹³⁾.

Der im abstrakten Klagrechte enthaltene Anspruch auf Erlaß eines Urteils ist ein rein formaler, gerichtet auf die äußere Handlung des Richters ohne Bezugnahme auf einen bestimmten Inhalt. Er gibt also nur die Berechtigung, eine Entscheidung als solche zu verlangen¹⁴⁾. Allerdings wird jede Partei ein für sie günstiges Urteil beanspruchen; aber nur die Partei, die den Rechtsschutzanspruch hat, ist hierzu an sich berechtigt. Der formale Urteilsanspruch erhält beim Berechtigten den Inhalt des Rechtsschutzanspruches, während er bei der nicht berechtigten Partei leer bleibt. Ob der formale Urteilsanspruch als praktischer Begriff sich mit dem idealen Anspruch auf ein günstiges Urteil verbunden habe, kann der Richter, wenn es überhaupt möglich ist, erst bei der Urteilsfällung erkennen.

Das Gegenstück zum abstrakten Klagrecht bildet das abstrakte Verteidigungsrecht. Es ist ein dem Bürger zustehendes Recht, jedesmal, wenn er vor eine gerichtliche Instanz gezogen wird, angehört zu werden, Recht auf Gehör¹⁵⁾. Es umfaßt den Anspruch auf Berücksichtigung der angebotenen erheblichen Beweismittel, auf Entscheidung, auf Gewährung der gesetzlichen Rechtsmittel und allfällig auf Vollstreckung des Urteils. Das Verteidigungsrecht ist wie das Klagrecht ein Recht, das jedem Bürger als Ausfluß seiner Persönlichkeit auf dem Gebiete des Privat-, Straf- und Verwaltungsrechts zusteht. Es ist vorprozessualer Natur, bedingt allerdings durch das Auftreten eines Klägers. Mit dem Prozeßbeginn wird das Verteidigungs-

¹³⁾ Vgl. Schüler a. a. O. S. 4 ff.

¹⁴⁾ Sauer a. a. O. S. 541 anerkennt ein solches Recht, es ergebe sich aus dem Verfahrensverhältnis und entspreche der Pflicht des Gerichts zur Entscheidung, dagegen bestehe sein Nachteil darin, daß es in Wahrheit nur die Form des Prozesses betreffe und sich nur auf der Linie des Verfahrens bewege. Auch wenn man den Anspruch als solchen auf gerechte oder gesetzmäßige Entscheidung betrachte, so erscheine eine solche Formulierung doch zu unbestimmt.

¹⁵⁾ Hellwig, System I S. 291; Schüler a. a. O. S. 82.

recht gleich wie das Klagrecht konkret. Es setzt ferner wie das Klagrecht nicht voraus, daß tatsächlich die behauptete Rechtslage bestehe; man wird aus gleichen Gründen, wie wir sie beim Klagrecht entwickelt haben, auch nicht verlangen können, daß die Verteidigung eine ehrliche, auf gutem Glauben beruhende sei. Man empfindet es namentlich im Strafprozesse als natürlich, daß der Angeklagte sich verteidigt, selbst wenn die Beweise gegen ihn als erdrückend erscheinen.

Das Verteidigungsrecht richtet sich als öffentliches Recht nur gegen die staatlichen Behörden, nicht auch gegen den Kläger. Daß dieser die Verteidigung mit allen Folgen entgegnzunehmen hat, ist Ausfluß seiner Unterwerfungspflicht unter die staatlichen Anordnungen.

IV.

Die Durchführung des abstrakten Klag- und Verteidigungsrechts führt nicht immer dazu, daß, wer Recht hat, auch Recht erhält, daß, wer kein Recht hat, Abweisung erfährt, daß, wer schuldig ist, verurteilt wird, und daß, wer nicht schuldig ist, Freisprechung erzielt. Der Rechtsschutzanspruch ist, wenn er sich nicht auf ein beweisbares Recht stützen kann, für den Richter nicht erkennbar.

Man ist darüber einig, daß trotz aller Sorgfalt unrichtige Urteile vorkommen. Der schwerste Fall ist derjenige, wo der Richter in fehlender Gewissenhaftigkeit oder aus mangelnder Einsicht den Tatbestand falsch gewürdigt hat. Unrichtig ist aber auch jedes Urteil, das dem wirklichen Rechtszustande nicht entspricht, ohne daß dem Richter ein Vorwurf gemacht werden kann. Der Streit der Meinungen dreht sich um die Frage, ob das unrichtige Urteil grundsätzlich materielle Wirkung habe, d. h. den tatsächlich bestehenden Rechtszustand beeinflusse¹⁶⁾.

Die Annahme materieller Wirkungen des unrichtigen Urteils läßt sich zur Not auf dem Gebiete des Privatrechts begreifen. Es handelt sich hier um ökonomische Fragen, die Ehre und Freiheit nicht berühren. Der zu Unrecht abgewiesene Gläubiger verliert eine Geldforderung, der zu Unrecht verurteilte Nichtverpflichtete wird Geld schuldig. Dagegen können beim unrichtigen

¹⁶⁾ Auf dem Standpunkte, daß das unrichtige Urteil die materielle Sachlage nicht ändere, stehen namentlich Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 31; Sauer a. a. O. S. 281. Schüler a. a. O. S. 52; J. Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage S. 77 ff. Für die materiellen Wirkungen des unrichtigen Urteils namentlich Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft S. 73 ff.

Strafurteile materielle Wirkungen unmöglich angenommen werden. Die Freisprechung eines Verbrechers kann nicht die Schuldlosigkeit, die Verurteilung eines Nichtschuldigen nicht die Schuld bewirken. Auch auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts kann die Verhängung einer Buße, z. B. wegen Steuerhinterziehung, nicht bewirken, daß der schuldlos Gebüßte sich der Handlung schuldig gemacht hat usw. Man wird vielleicht einwenden, daß tiefgreifende Unterschiede zwischen einem Zivil- und einem Strafurteil bestehen. Es ist das zuzugeben, allein diese Unterschiede können nicht das Verhältnis zur wirklichen Rechtslage berühren. Der tiefe Sinn des Rechtsspruchwortes, Recht muß Recht bleiben, geht dahin, daß trotz aller Richtersprüche das, was einmal zu Recht besteht, nicht vernichtet werden kann, und daß vertrauensvoll erwartet werden darf, daß dieses Recht einmal an den Tag komme.

Materielle Wirkungen hat im Gegensatz zum feststellenden (deklaratorischen) das festsetzende (konstitutive) Urteil. Die gerichtliche Auflösung einer Gesellschaft hat ihre Wirkung, auch wenn ein zutreffender Grund nicht bestand. Die Ehe ist geschieden, auch wenn der Ehebruch, den das Gericht angenommen hatte, nicht begangen war. Die Amtsentsetzung tritt ein, auch wenn die Pflichtvernachlässigung nicht stattgefunden hatte. Die Entziehung einer Konzession beginnt ihre Wirkungen, auch wenn die verwaltungsgerichtliche Entscheidung auf unrichtiger Voraussetzung beruhte usw. Das festsetzende Urteil wirkt wie ein Gesetz, es begründet neue rechtliche Wirkungen für die Beteiligten. Nichtsdestoweniger findet eine Einwirkung auf die ursprünglichen Verhältnisse nicht statt, es tritt nur gleichsam über die bestehende Rechtslage eine neue Rechtsschicht.

Weil der Gesetzgeber weiß, daß ein Urteil unter Umständen unrichtig sein kann, so verlangt er nicht, daß die unterlegene Partei den Inhalt des Urteils anerkenne. Es ist dies auch nicht nötig, indem die öffentliche Pflicht besteht, sich den gesetzlich vorgenommenen Anordnungen der öffentlichen Gewalt zu unterziehen. Der Obsiegende erwirbt keine Rechte gegen den Unterlegenen aus dem Urteile. Er hat gemäß dem allgemeinen Klagrecht einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen die Staatsgewalt auf Beachtung und Vollziehung des Urteils. Der Unterlegene hat der Staatsgewalt gegenüber die Pflicht, das Urteil gegen sich gelten zu lassen. Allein die rechtliche Kette schließt sich nicht zwischen den Parteien. Nur mittelbar wirkt so das Urteil gegen den Verurteilten.

V.

Wo eine oberste Rechtsschutzbehörde besteht, kann dieselbe nur die richtige Beschützung des abstrakten Klag- und Verteidigungsrechts überwachen. Ob einem Berechtigten zu Unrecht der Rechtsschutzanspruch verneint wurde, läßt sich selten feststellen, und so muß die überwachende Behörde sich mit einer allgemeinen Prüfung begnügen und auf die Frage beschränken, ob ein Urteil Willkürlichkeiten aufweise. So faßt das schweizerische Bundesgericht seine Aufgabe auf, indem es sich auf Art. 4 der Bundesverfassung, der die Rechtsgleichheit gewährleistet, stützt. Das Bundesgericht will den Schutz gegen Rechtsverweigerung gewähren. Und zwar unterscheidet die bundesgerichtliche Praxis zwischen formeller und materieller Rechtsverweigerung, je nachdem es sich um Mißachtung des abstrakten Klag- und Verteidigungsrechts oder um offenbare Mißkennung des Rechtsschutzanspruches handelt.

Formelle Rechtsverweigerung wird als vorhanden angenommen, wenn das rechtliche Gehör verweigert wird, so, wenn der Richter die Entgegennahme der Klage ablehnt, übermäßige Prozeßsicherheiten verlangt, die Partei nicht zu Worte kommen läßt, Beweisanträge unbegründet zurückweist, die Einsicht in die Akten nicht gestattet, das Armenrecht ohne zureichenden Grund verweigert, zulässige Rechtsmittel zurückweist, seine Zuständigkeit unrichtigerweise ablehnt, die Vorladungen nicht in gehöriger Form erläßt, Einreden grundlos zurückweist oder mit Stillschweigen übergeht, das Urteil verzögert usw. Auf dem Gebiete der Verwaltung nimmt das Bundesgericht ein Recht auf Gehör nur in wichtigeren Fällen, so bei Steuersachen an.

Die Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung geht auf Nichtigkeitserklärung von Zivil- und Strafurteilen und von Entscheidungen auf dem Gebiete des kantonalen Verwaltungsrechts. Wo besondere Rechtsmittel an das Bundesgericht gegeben sind, ist die Beschwerde ausgeschlossen. Sie hat sich darauf zu stützen, daß das Urteil ein willkürliches sei. Willkür steht im Gegensatz zu unparteiischer und gewissenhafter Urteilsfällung. Der schwerste Fall von Willkür liegt vor, wenn der Richter sich von andern als sachlichen Erwägungen hat leiten lassen. Nach der gegenwärtigen Praxis des Bundesgerichts genügt es zur Annahme der Rechtsverweigerung nicht, wenn eine Verfügung oder ein Entscheid objektiv als unrichtig betrachtet werden kann, sondern es muß sich vielmehr ergeben, daß eine Behörde nicht nach Recht und Gerechtigkeit verfügt oder entschieden hat. Der richterliche Irrtum begründet noch keine Rechtsverweigerung.

Immerhin nimmt das Bundesgericht Willkür an, wenn der Verstoß gegen klares Recht derart ist, daß auf eine Pflichtvernachlässigung zu schließen ist. Selbst da, wo eine Verwaltungsbehörde an keine gesetzliche Bestimmung gebunden ist, wie bei Erteilung einer Konzession „folgt aus dem Grundsatz der Rechtsgleichheit, daß bei der Verleihung eines nutzbaren Rechts nicht Gnade und Gunst der Behörden, sondern deren pflichtgemäßes Ermessen ausschlaggebend sein sollen, d. h. daß die Auswahl der zu Beleihenden nach gewissen Kriterien persönlicher oder sachlicher Art, die nach außen erkennbar und kontrollierbar und ihrerseits vor den Grundsätzen der Rechtsgleichheit haltbar sind, zu geschehen hat“.

Die ethische Verankerung der Wirtschaftspolitik der Gegenwart unter Berücksichtigung des idealistischen Kulturbegriffs bei Rudolf Eucken.

Von

Bürgermeister Dr. phil. **Alfred Werner.**

Grundlage der praktischen ist von jeher die theoretische Philosophie gewesen. Sein und Sollen werden vom Menschen auf einander bezogen. Um nur ein Beispiel anzuführen: Wären die Menschen sittlich vollkommen, so hätte es gar keinen Sinn mehr, ethische Postulate aufzustellen. Dann wäre die Ethik ein müßiges Spiel.

In ähnlicher Beziehung stehen Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik. Sagt jene, grob und wesentlich gesprochen, was ist, so sagt diese, was sein soll.

Es gibt eine reiche Fülle von Begriffen des Wirtschaftens und der Wirtschaft. Viele schalten von vornherein aus, weil sie viel zu allgemein sind und die Besonderheiten des „Wirtschaftens“ gar nicht treffen. Warenerzeugung, -verteilung, -verbrauch sind z. B. Tätigkeiten mehr technischer als ökonomischer Natur. „Mittelbeschaffung für Zwecke“, diese Definition scheint mir dem Sachverhalt des Ökonomischen schon näher zu kommen. Aber sie ist immer noch zu allgemein. Wenn ich etwa, weil ich mir über den Begriff der Wirtschaft klar werden will (Zweck), die wirkliche Wirtschaft studiere und die darüber erschienene Literatur lese (Mittel), so bin ich doch nicht wirtschaftlich tätig.

Wirklichkeitsforschung und Literaturstudieren sind hier die Mittel, Gänge zur Post, in die Fabriken usf., wenn man will die Mittelbeschaffung, das Wissen, die fraglose Klarheit über den Wirtschaftsbegriff ist der Zweck. Man könnte die Beispiele häufen. —

Wirtschaften ist rechnendes Disponieren über Güter. Die Wirtschaft ist kein Organismus¹⁾ — welch eine Irreführung! —, sondern die Summe rechnerischer Dispositionen innerhalb der Gütererzeugung, der Güterverteilung, des Güterkonsums. Wirtschaftspolitik ist die Lehre von der Wirtschaft, wie sie sein soll. Wir werden nun sehen, wie von einem höheren Standpunkt als dem rein wirtschaftlichen aus betrachtet Wirtschaft in Beziehung gesetzt werden muß zu anderen Gebieten, insbesondere zu dem der Ethik, wenn man will zur Sozialphilosophie oder Sozialethik. Zunächst aber verweilen wir bei der Betrachtung hochinteressanter gegensätzlicher Krafrichtungen innerhalb der Gegenwartswirtschaft.

Die deutsche Wirtschaft unterscheiden wir zunächst nach dem Wirtschaftsträger. Wir scheiden — wie in allen Kulturstaaten — zwischen öffentlicher und privater Wirtschaft. Selbst Rußland ist niemals rein kommunistisch bewirtschaftet gewesen. Der Droschkenkutscher, der mitten in der Revolutionszeit mit seinem Fahrgast — wie heute noch — den Fahrpreis ausfeilschte, war und ist ein Vertreter privater Wirtschaft. Die Wirtschaftsträger interessieren in diesem Zusammenhange nur soweit als die Gesinnung, nach der sie handeln, die Ziele, denen sie folgen, vom *genus proximum*, dem rechnenden Disponieren abgesehen, verschieden sind. Um es kurz zu sagen: die Privatwirtschaft ist Erwerbs- oder Profitwirtschaft, die öffentliche Bedarfsdeckungswirtschaft. Vom Standpunkt des Haushalts, der Gewinn- und Verlustrechnung aus betrachtet heißt das: Das Bestreben privater Wirtschaft liegt darin, mehr einzunehmen als auszugeben; das der öffentlichen Wirtschaft, Einnahmen und Ausgaben zu balancieren, nicht mehr auszugeben als einzunehmen, vielleicht richtiger gesagt, wenn auch scheinbar paradox: nicht mehr einzunehmen als auszugeben²⁾. Versteht

¹⁾ Auch die Gesellschaft, innerhalb deren Wirtschaft erst möglich ist, ist kein Organismus. Vgl. hierzu die klaren Ausführungen von W. Sauer, Grundlagen der Wissenschaft und der Wissenschaften, Berlin 1926, S. 273 ff.

²⁾ Vgl. Gerloff und Meisel, Handbuch der Finanzwissenschaft, Tübingen 1925. Die öffentliche Finanzwirtschaft ist . . . eine Bedarfsdeckungswirtschaft. Nicht die Erzielung von Überschüssen ist ihre Aufgabe, sondern die Deckung eines gegebenen Bedarfes. S. 43.

man unter Wirtschaft mit der liberalen Schule nur Profitwirtschaft, so ist die öffentliche Wirtschaft streng gesprochen mehr Verwaltung als Wirtschaft. Die eigentlich ökonomische Kategorie tritt zurück hinter der sozialen. Oder anders gewandt: Bei der Privatwirtschaft findet das Ökonomische (Ziel) seine Grenze im Sozialen; bei der öffentlichen Wirtschaft findet das Soziale seine Schranke im rein Ökonomischen. Ein Beispiel. Die Privatwirtschaft sucht rationell, mit geringstem Kraftaufwand, alle ihr zur Verfügung stehenden Mittel mit dem Ziel auf rechnerischen Verdienst einzustellen, auch manuelle und intelligente Arbeitskräfte. Die Arbeiter aber wollen nicht nur Mittel zum Zweck sein, sondern „Menschen“, etwa im Goetheschen, Fichteschen, Euckenschen Sinne. Das können sie nur, wenn ihnen neben ihrer Werkstätigkeit Zeit bleibt. Daher die Forderung des Achtstundentages. Diese Forderung, von der näheren Formulierung hier abgesehen, ist eine soziale und steht im Gegensatz zum rein ökonomischen Prinzip der Privatwirtschaft. Vorausgesetzt, daß die Arbeitskräfte sehr rar sind, kann sich im Ausnahmefall das soziale mit dem ökonomischen Prinzip einmal decken. Im allgemeinen, so auch in der Gegenwartswirtschaft, decken sich die beiden Prinzipien nicht. Ökonomische und soziale Kräfte kämpfen miteinander. Das übliche, einzig mögliche Ergebnis in der Realität ist das Kompromiß; das unversöhnliche Auseinandertreten würde Revolution bedeuten. Die harmonische Überwindung der Gegensätze würde zu einem irrealen, utopischen Zustande führen. Eine der Hauptaufgaben des Staates liegt darin, beide Kräfte, die ökonomischen wie die sozialen, zu schützen und dafür zu sorgen, daß weder die eine noch die andere Macht in ihrem gegenseitigen Kampf geknechtet wird.

Der Staat als Schirmherr der Allgemeinheit, als Repräsentant und Beschützer aller Staatsbürger, die als Konsumenten restlos in den Wirtschaftsprozeß verflochten sind, kann aus der Wirtschaftspolitik der Gegenwart nicht fortgedacht werden. Eine seiner Hauptaufgaben besteht darin, den Ausgleich der Kräfte zwischen öffentlicher und privater Wirtschaft zu schaffen.

Bei der öffentlichen Wirtschaft — etwa einem Stadthaushalt — sind implicate, denn die öffentliche Wirtschaft ist immer soziale Wirtschaft, — Bildungs- und Wohlfahrtszwecke zu erfüllen. Von den selbstverständlichen Ausgaben der allgemeinen Verwaltung abgesehen, bedingt die Erfüllung der Kulturzwecke den Ausgabenetat. Hauptaufgabe der Stadtwirtschaft liegt darin, die zur

Deckung dieser Ausgaben nötigen Einnahmen zu schaffen. Soweit man nicht über zinsbringendes Vermögen verfügt, greift man intern zu den Mitteln der Profitwirtschaft, indem man aus den sogenannten „werbenden Betrieben“ möglichst viel herausholt. Der Rest, meist ein sehr erheblicher Rest, wird aus Steuern gedeckt. Es geht nun nicht an, die Steuerschraube bei den Besitzenden — das Hauptkontingent stellt die Privatwirtschaft — willkürlich anzuziehen. Sonst würde man diese schwer schädigen oder gar zum Erliegen bringen. Nur soweit sollte die Steuergewalt ausgenutzt werden, als dadurch der gesunde Bestand der Privatwirtschaft nicht angegriffen wird. So heißt es mit Recht in der Programmschrift des Reichsverbandes der Deutschen Industrie: „Nur was Volk und Wirtschaft an Höchstbelastungen tragen können, kann an Ausgaben in Betracht kommen³⁾.“ Auf eine kurze, aber sehr wesentliche Formel gebracht: Das Maß der Ausgaben für soziale Betätigung steht in engster Beziehung zur Leistungsfähigkeit der Privatwirtschaft oder, noch kürzer gefaßt: soziale und ökonomische Kräfte stehen in Korrelation zueinander. Zuweit getriebener Sozialismus (natürlich nicht parteipolitisch verstanden) tötet das Ökonomische; zuweit getriebener Ökonomismus tötet das Soziale.

Daß es Mischlingsformen öffentlich-privater und umgekehrter Art gibt, ist für unsere Untersuchung unwesentlich und mag daher nur kurz gestreift werden. Die städtischen Betriebswerke zum Beispiel sind nach außen meist Bestandteile öffentlich-rechtlicher Körperschaften und von diesen vertreten, nach innen dagegen arbeiten sie privat- oder profitwirtschaftlich. Mit Vaihinger zu sprechen: Sie werden so verwaltet, als ob sie privatwirtschaftliche Faktoren wären. Auf der anderen Seite tragen nationale und internationale Kartelle in vielem den Charakter öffentlicher Wirtschaftssubjekte.

Hinter den Wirtschaftsformen stehen verschieden geartete Gesinnungen. Der Rationalismus ist auch der Vater der freien Wirtschaft. Seine besondere Prägung erhielt er in der Aufklärung. Durchaus individualistisch dem Staate gegenüber sind die Wirtschaftssubjekte. Der Staat ist um der Individuen willen da. Gewährt man diesen volle Bewegungsfreiheit, so

³⁾ Deutsche Wirtschafts- und Finanzpolitik, Selbstverlag des Reichsverbandes der Deutschen Industrie, Berlin 1925, S. 25. Im Anschluß hieran der instruktive Vortrag von Kastl: „Wirtschaftspolitische Forderungen der deutschen Industrie“ in Heft 32 der Veröffentlichungen des Reichsv. d. Deutschen Industrie, 1926.

liegt hierin so etwas wie eine prästabilisierte Harmonie der Wirtschaft. Stört man die Freiheit, so hört auch das harmonische Wirtschaftsverhältnis und damit das Allgemeinwohl auf. Diese Gedanken laufen denen des sogenannten Naturrechts parallel, wo auch rein verstandesmäßig aus dem vernünftigen Wesen des Menschen für sein gesellschaftliches Zusammenleben Normen abgeleitet werden. Adam Smith ist oft für diese Freiheitstheorie der Wirtschaft, jedoch nur bedingt richtig, in Anspruch genommen worden. Er fordert zwar, man solle „jedermanns sein Interesse auf seine eigene Art verfolgen lassen, nämlich nach den Grundsätzen der Gleichheit, Freiheit und Gerechtigkeit...⁴⁾“. Hierin liegt zugleich eine Anweisung, ein Sollen, eine ethische Verankerung der Wirtschaftspolitik. Freiheit ist bei Smith nicht mit Ellbogenfreiheit und Willkür zu verwechseln⁵⁾. Erst im 19. Jahrhundert setzte sich die Lehre von der „Ellbogen“freiheit der Wirtschaft in der Manchesterlehre durch. Der eigentliche „kapitalistische Mensch“, der seine Werte der Technik und der rationalen Mechanisierung bewußt oder unbewußt auf alle Lebensgebiete ausdehnen will, ist erst eine Erscheinung der letzten Jahrzehnte. Er weilt mitten unter uns⁶⁾.

Der andere Typus ist der soziale. Meist identifiziert er die Idee der Gerechtigkeit mit dem Begriff der Gleichheit. Sicherlich sind auch hier rationale Strömungen bemerkbar, aber die Hauptstärke scheint mir in dem Liebeserlebnis der Ich-Du-Wir-Beziehung zu liegen. Der Mensch ist von Natur gut und erst durch Zivilisation und Unnatur vergewaltigt und korrumpiert worden, so hebt es bei J. J. Rousseau an, „der Mensch ist gut“, so gibt ein zeitgenössischer Dichter dieselbe Grundstimmung wieder. Der Gesamtwille, das Allgemeinwohl sind hier Begriffe, die in Beziehung zueinander gestellt werden. Ungeklärte Begriffe, die dennoch gefühlsmäßig auch heute noch eine dämonische Wirkung ausüben, Fiktionen in des Wortes wahrster Bedeutung, mit deren Hilfe in unseren Tagen ein Lenin eine neue Wirtschaftsordnung einführte.

⁴⁾ Adam Smith, Unters. über das Wesen und die Ursachen des Nationalreichtums, deutsch v. M. Stirner, Leipzig 1846, III. B. S. 335.

⁵⁾ a. a. O. Band II S. 89 spricht Smith, um nur ein Beispiel anzuführen, von den Einkommenseignern, die mit ihrem Einkommen sowohl produktive als unproduktive Leute beschäftigen können. „Doch scheinen sie für die Letzteren (die Unproduktiven) einige Vorliebe zu haben“, bemerkt der Realpolitiker bitter und sarkastisch.

⁶⁾ Vgl. Hans Freyer, Die Bewertung der Wirtschaft im philosophischen Denken des 19. Jahrhunderts, Leipzig 1921.

Gesamtwille und Allgemeinwohl setzen physische und psychische Gleichheit in der Realität voraus. Die aber ist nicht vorhanden. Die soziale Idee, hinter der im Recht die Gerechtigkeit, in der Ethik Liebe und Güte stehen, vereint sich gerade in unseren Tagen oft mit der Behauptung der Gleichheit der Menschen. Wirtschaftspolitisch setzt dann folgerichtig das Bestreben ein, allen Menschen den quantitativ gleichen Anteil am Konsum aller Güter zu ermöglichen. Zu welchen Unzuträglichkeiten eine solche Theorie in der Praxis führen kann, das sehen wir etwa in der deutschen Steuergesetzgebung, die man nicht ganz mit Unrecht als Prämiiierung der Faulheit bezeichnet hat. Wenn die Gleichheitstendenz soweit geht, daß die höheren Gewinne, auch die aus Arbeit, fast restlos fortgesteuert werden, dann erlischt das Interesse an gesteigerter Produktion⁷⁾.

Wir ziehen das Fazit: Der Staat hat die Aufgabe, die wirtschaftliche Statik zwischen Ökonomismus und Sozialismus zu ermöglichen. Weder die eine noch die andere Richtung ist zu entbehren.

Vom weltanschaulichen Standpunkt aus muß die Alleinherrschaft, ja der Primat des hinter dem Ökonomismus stehenden Rationalismus abgelehnt werden. Auch die Behauptung, die Wirtschaft sei nur ein Reich der Natur, in der allein Naturgesetze herrschen, wird zurückgewiesen⁸⁾. Das Reich der Mittel (Wirtschaft) muß nach Zwecken ausgerichtet werden.

Die soziale Idee kann als einer dieser Zwecke für die Wirtschaft nicht entbehrt werden. Gefährlich ist die Verquickung der Idee der Gerechtigkeit mit dem Begriff der Gleichheit⁹⁾.

Aber auch die ausschließliche Herrschaft der sozialen Kategorie kann weder in der Wirtschaft, noch sonst innerhalb des Bereichs menschlicher Tätigkeit als erstrebenswertes Ziel anerkannt werden¹⁰⁾. Das letzte Ziel ist das überindividuelle

⁷⁾ Zu seltsamen, ja komischen Ergebnissen hat das Gleichheitsstreben in Sowjetrußland geführt. So erhalten die Volkskommissare nur dasselbe niedrige Gehalt wie viele andere Beamte, aber sie haben „Vergünstigungen“: eigene Autos, freie Wohnung, Beleuchtung, Dienerschaft usw.

⁸⁾ Vgl. hierzu mein soeben erschienenenes Buch *Rudolf Eucken und die Kultur der Gegenwart*, Berlin 1927.

⁹⁾ Vgl. hierzu die knappen, aber treffenden Ausführungen in *Rudolf Stammler, Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit*, II. Aufl. Berlin 1925, S. 42 ff.

¹⁰⁾ Moral fällt mit Altruismus, mit einem Handeln für andere, nicht zusammen. Eucken, *Geistige Strömungen der Gegenwart*, VI. Aufl., Berlin 1920, S. 331.

Geistesleben, zu dessen Schöpfung auch altruistische Kräfte nötig sind. Aber auch der berechtigte Egoismus kann zur Erweiterung des Geisteslebens, das sich in der Kultur auswirkt, nicht entbehrt werden. Das Aufgehen in der Wir-Beziehung löscht das Ich aus, auf dessen wertvolles Eigenleben alles ankommt. Eine „Welt der Selbsttätigkeit, eine Tatwelt“ ist ohne Ich, ohne Person nicht zu schaffen. Jeder einzelne muß die große Entscheidung selbst treffen. Auch die Wirtschaft, die unter menschlichen Zwecken steht, sollte in den großen Kulturzusammenhang eingeordnet werden. Es geht nicht an, ihr besonderes Gesetz der Statik zwischen ökonomischen und sozialen Kräften auf andere Gebiete zu übertragen. Letzten Endes hat sie sich als Teil dem Ganzen einzuordnen. Das Ganze ist die Kultur als eine Harmonie der Werte. Daß die sogenannte Kultur oft nur Kulturkomödie ist, hat Eucken oft und mit Recht betont. Ihr stellt er eine Realkultur entgegen, die zwar nicht in allem vollkommen ist, bei der jedoch die ideellen vor den materiellen Werten den Vorrang haben. Der zwischen verschiedenen Philosophenschulen entbrannte Streit, ob die Kulturwerte transzendent oder immanent sind, scheint mir nicht die Bedeutung zu haben, die ihm oft beigemessen wird. Eins aber scheint mir sicher zu sein, anwendbar auch auf das Gebiet der Wirtschaftspolitik der Gegenwart: Neben dem Reich natürlicher Notwendigkeit und Gesetzmäßigkeit gibt es ein Reich menschlicher Vernunft und Freiheit.

Wir sollen die sozialen Kategorien innerhalb der Wirtschaftspolitik anwenden bis zu jener Grenze, die durch das rein Ökonomische gezogen wird und die jeweils schwankend ist. Die Durchorganisierung der Wirtschaft unter diesem Gesichtspunkt ist noch nicht erfolgt, ist auch für alle Zeiten eine Aufgabe. Hierzu steht nicht im Widerspruch, daß man bisweilen durch einseitige Vorherrschaft sozialer Kräfte den Lebensnerv des Ökonomischen und damit die Wirtschaft überhaupt tötete. (Die russische Revolution v o r der sog. ökonomischen Politik.)

Auch im rein Ökonomischen dürfen wir nicht die Vormacht für kulturelles Leben anerkennen. „Der Ökonomismus droht mit seinem Anspruch auf die Führung des Lebens es in eine problematische und abschüssige Bahn zu leiten, er kann nur da die Gemüter gewinnen, wo ein selbständiges Innenleben und seelische Probleme fehlen¹¹⁾.“

¹¹⁾ Eucken, a. a. O. S. 325.

Wir wenden uns gegen beide hinter den Wirtschaftsformen tätigen Kräfte, gegen den rationalen Individualismus ebenso wie gegen monotonen Universalismus. Praktisch sehen wir im Staat als Schiedsrichter und verständigen Regulator der Wirtschaft die beste Gewähr für eine sinnvolle Politik ¹²⁾ ¹³⁾.

¹²⁾ In den Bestrebungen Rudolf Goldscheids, die Privatwirtschaft zugunsten des Staates zu schwächen, sehe ich eine große Gefahr. „Alles, was gegen das Privateigentum geschieht, muß für das öffentliche Eigentum geschehen.“ Goldscheid, Staat, öffentlicher Haushalt und Gesellschaft in Gerloff und Meisel, Handbuch 1925, S. 181. G. scheint mir ein charakteristischer Vertreter jener Wirtschaftspolitiker zu sein, welche die soziale Kategorie überspannen. Im übrigen sei auf meine demnächst erscheinende „Wirtschaftsphilosophie“ verwiesen.

¹³⁾ Eine Auseinandersetzung mit Werner Sombart, dessen dritter Band seines gedankenreichen Werkes Der moderne Kapitalismus soeben erschienen ist, wird in meiner Wirtschaftsphilosophie erfolgen.

Gemeinschaft und Recht als Sinn gegenwärtigen Schicksals*).

Von
Privatdozent Dr. Erik Wolf, Heidelberg.

Gott und Welt, Natur und Geist, Form und Inhalt: jene Unterscheidungen des Lebens, um deren „Synthese“ Geschlechter sich bemüht haben, betreffen heute unser wirkliches Leben nicht mehr. Anderes wurde unsere Sache. Wer fragt: warum? dem kann nur diese Antwort werden: weil ein anderes Schicksal unser Leben bestimmt, als jenes gewesen ist, das unsere Väter erfüllt haben.

Zur Stunde wird diese Antwort von einigen verstanden und fraglos entgegengenommen, von wenigen beachtet und auf ihre Möglichkeit hin geprüft, von den meisten verlacht und mit der Gegenfrage pariert: was ist denn das Schicksal? Es würde mehr Wahrheit in der Welt sein und mehr Gewißheit im Leben der

*) Diese Ausführungen setzen sich mit dem philosophischen Werk Eberhard Grisebachs auseinander, das der Frage einer konkreten Ethik gerecht zu werden versucht. Vgl. Die Grenzen des Erziehers und seine Verantwortung, 1925; Möglichkeit und Begründung der Ethik 1926. Sie sind aus vielen mündlichen und brieflichen Diskussionen mit diesem Philosophen im antiken Sinn, der das Leben erkennen will, um Wirklichkeit des Lebens zu erarbeiten, entstanden. Daß eine solche Philosophie letzten Endes immer zur Ethik werden muß, ist eine

Menschen, wenn die Antwort auf diese Gegenfrage wirklich begehrt und angehört werden würde. Meist aber verhält es sich so, daß der Frager sich abwendet, weil er zum voraus der Überzeugung gewesen ist, seinen Gegner mit dieser Parade ins Herz zu treffen und gar nicht gewillt ist, nachzuprüfen, ob der Feind auf der Wahlstatt geblieben oder vielleicht gar nicht von jenem Hiebe betroffen worden ist. Der Angegriffene aber, ebenso überzeugt, der Gegner werde mit seiner Frage ins Leere stoßen, bleibt im Bewußtsein des Siegers zurück und ist seinerseits nicht gesonnen, nachzuprüfen und zu fragen, ob nicht dennoch ihn selbst eine Verwundung getroffen hat.

Auf diese Weise geschieht es, daß heute allenthalben Siegesfeste gefeiert werden, deren berauschte Teilnehmer auf die Frage nach dem Grund nichts zu erwidern wissen, als daß eben gesiegt worden sei, und diese Antwort geben sie in verlegener Hast und mit einem heimlichen Grauen, weil ihnen die letzthinige Ungewißheit des Sieges ins Bewußtsein zu treten und furchtbare Rechenschaft abzufordern droht. Es ist das Gespenst der Lebenslüge, welches solcherart unter uns umgeht. Und nur die Furcht, seiner ansichtig zu werden, wird durch den tumultuarischen Jubel

Konsequenz, die Grisebach selbst gezogen hat. Sie kommt in seiner Schrift „Probleme der wirklichen Bildung“, München 1923, erstmals zu deutlichem Ausdruck, und schon hier verweist ihn der Gedanke des „rechten“ Lebens auf die Probleme von Gemeinschaft und Recht. Den von ihm auf Grund seiner Auseinandersetzung mit der Philosophie des deutschen Idealismus erarbeiteten Begriff der Realdialektik, der die Wirklichkeit als dialektische Auseinandersetzung zwischen Anspruch und Widerspruch des einzelnen Ich und Du beschreibt, versuchen wir fruchtbar zu machen für ein Gebiet des Philosophierens, wo die rein methodologische Übertragung von Systemgedanken, die sich aus einem ganz andern Begriffskreis entwickelt haben, im Vordergrund steht: auf die Philosophie des Rechts. Der in ihr heute herrschende Eklektizismus, für den etwa das neue Werk von B i n d e r Zeugnis ablegt, kann nur überwunden werden durch eine Besinnung auf die das Recht konstituierenden Wertgedanken, auf die Ethik. Da nun aber das Recht einen geschichtlichen Faktor ungewöhnlicher Größe birgt und die Auseinandersetzung mit dem Historismus eine gleich wichtige und unumgängliche wie die mit dem Idealismus darstellt, versuchen wir hier von der Position des an der Geschichte (d. h. also an der historischen Größe) sich ethisch richtenden Menschen aus, die Rechtswirklichkeit zu gewinnen. Mit anderen Worten: wir versuchen, vom Standpunkt eines lebendigen Humanismus aus den von Grisebach gewiesenen konkret ethischen Weg zu beschreiten und so seinen — weil erkenntniskritisch gewonnen — notwendig rein formalen Begriff der Realdialektik als Wirklichkeit zu erobern. Daß uns dabei die geschichtliche Bindung nichts Antiquarisches bedeutet, sondern nur die Besinnung auf die Urbilder wahren Lebens gewährleistet, wird hoffentlich aus unseren Worten ohne weitere Erläuterungen klar werden.

gebannt, den eine zum Selbstzweck gewordene Aktualität des Lebens anstellt.

Andererseits geschieht es, daß dem nach der Wirklichkeit des Geschehens forschenden Menschen allenthalben Gestalten begegnen, die zwar an den Festen der Lüge nicht teilnehmen, aber mit geschlossenen Augen nachtwandlerisch unangefochten umhergehen und auf die Frage nach der Unberührtheit dieses ihres Lebens nichts anderes zu erwidern wissen, als daß eben nichts sie berührt habe und in Schrecken, Verzweiflung, ja Lebensgefahr geraten, wenn der wache Mensch mit fester und behutsamer Hand den Bann ihres Traumes bricht und die Unwirklichkeit ihres Daseins zerstört.

Beide Formen des Nichtdaseins: die Lüge wie der Traum, entziehen sich der Antwort auf die brennende Frage nach der Wirklichkeit, nach dem normgebenden Schicksal des Lebens; beide sind solche Scheinfechter, die nach getanen und empfangenen Luftstößen ihres Weges weiterziehen, als ob etwas geschehen sei, wo doch weder Ja noch Nein, weder Ich noch Du recht zu Wort gekommen sind und darum die Rede von der Wirklichkeit noch durchaus im Stand der Frage verbleibt. Wir wollen darum hier einmal den Versuch machen, als ehrliche Fechter die Antwort zu geben, nachdem wir in Ruhe und im Bewußtsein der Gefahr, in der wir stehen, den Stoß hingenommen haben, der in der Frage: was ist das Schicksal? uns betroffen hat. Diese Haltung allein kann Gewißheit darüber geben, ob wir verletzt, vielleicht gar zu Tode verwundet sind, oder ob der Gegner wirklich ins Leere gestoßen hat und darum seinerseits der Schärfe und Kraft unserer Waffe ausgesetzt ist. Es liegt uns daran, standzuhalten und statt des Scheingefechtes einen wirklichen Kampf, den Lebenskampf unserer Jugend, zum Austrag zu bringen.

I.

Ist eine solche Antwort überhaupt möglich? Von dem Römer Pilatus wird erzählt, daß er Jesus Christus auf sein Wort: Wer aus der Wahrheit ist, der höret meine Stimme, erwidert hat: Was ist Wahrheit? und darauf keine weitere Antwort mehr bekam. Und das rechtens. Denn die Wahrheit ist nicht Gegenstand der Erkenntnis, sondern das Urteil über den Wert der Erkenntnis. Ein Urteil aber kann nur fällen, wer ein Maß besitzt, nach dem er richtet, und das Maß der Wahrheit gründet in ihrem Begriffe selbst.

Ähnlich, wie Wahrheit ein Urteil über die Erkenntnis ist, bedeutet die Bezeichnung Schicksal ein Urteil über Geschichte: es deutet die historische Notwendigkeit, das schlechthin Bedeutende,

den Wert an. Auch das Maß dieses Urteils kann nur aus dem Wissen um Schicksal selbst kommen. Aus diesem Grunde ist es unmöglich, auf die Frage, was das Schicksal sei, eine Antwort zu geben, und wir stünden bereits am Ende unserer Unternehmung, zu der wir uns mit so hohem Mut gerüstet hatten, wenn nicht der Sinn der Frage ein anderer wäre, als der des Verlangens nach einer Definition. Gemeinhin pflegt nämlich der Mensch bei seinem Fragen nach den Dingen nicht das „an sich“ im Auge zu haben, sondern die Bedeutung des Dinges für sein menschliches, gegenwärtiges, vergangenes wie zukünftiges Leben. Ohne diese Beziehung der Fragen auf den Sinn des Lebens würde ja die Frage gar nicht aus dem Leben heraus gestellt sein, sondern ein theoretisches Problem innerhalb des Bezirks erkenntniskritischer Möglichkeiten vorstellen, mit dessen Lösung nichts für die geschichtliche Haltung des einzelnen Menschen in der Zeit getan ist. Wir denken uns daher die Frage um ein Wort ergänzt. Was, lautet sie dann, ist unser Schicksal?

Auch damit ist die Antwort noch nicht unmittelbar vorbereitet. Aber wir gewinnen aus dieser Fragestellung eine wichtige Einsicht. Die Mehrheit, die sich in der Frage kundgibt, will uns ja sichtlich mit umfassen, betrifft sowohl den Frager wie den Gefragten, drückt also nicht nur eine Verlegenheit des Einzelmenschlichen, sondern des gesamt menschlichen Lebens aus. Und damit wird die Frage nach dem Schicksal zur Frage nach der Gemeinschaft, und wir sehen, daß diese Gemeinschaft gerade in der Feindschaft, der Gegensätzlichkeit, dem Widerspruch zu bestehen scheint und erst in dem Augenblick wirklich wird, in welchem wir dem Widerspruch standhalten. Im gleichen Atemzug aber erhebt sich aus der Problemlage, zu der wir uns damit bekennen, der Gedanke des Rechts als des Formprinzips aller menschlichen Wechselbeziehung, als der Grenzgedanke der Auseinandersetzung, die ja nicht gestaltlos sein darf, sondern in der gegenseitigen Berücksichtigung der Position des andern bestehen muß. Demnach scheint der Gedanke des Schicksals für uns in den Gedanken der rechten Gemeinschaft inhaltlich überzugehen. Dies wollen wir nun zuerst prüfen und weiter fragen, was denn eine Gemeinschaft in unserm Sinn sein kann.

Suchen wir nach den Grundlagen der Gemeinschaft, dann dürfen wir nicht davon ausgehen, daß Gemeinschaft dort ursprünglich sei, wo menschliche Wesen in besonderer räumlicher Nähe und durch besondere empirische Verhältnisse miteinander

verknüpft worden sind. Gemeinschaft ist ein geistiges Gut einmaliger, nie wiederkehrender geschichtlicher Art; es kann niemals durch generelle Kriterien empirisch festgelegt werden. Ebenso wenig dürfen wir aber ausgehen von einer transzendentalen Denkweise. Ein apriorischer Gemeinschaftsbegriff kann zwar der systematischen Forderung kategorialen Denkens Genüge tun, aber als ein Begriff mit absolutem Geltungsanspruch niemals der von uns eingenommenen Problemlage des widersprüchlichen, realen Lebens, niemals der Wirklichkeit einer Gemeinschaft entsprechen. Denn er will ja schon seiner Intention nach keine Bezeichnung des Irdischen, Einmaligen, Dialektischen, sondern eine Beziehung zum Göttlichen, Ewigen, Identischen sein. Weder der untermenschliche Standort kausalgesetzlichen Werdens und Seins, noch der überirdische Aspekt wesensgesetzlichen Sollens und Geltens darf von uns eingenommen werden. Wir verzichten ebenso auf den Anspruch, den Grund des Lebens zu wissen, wie auf den, das Wesen des Geistes zu schauen: was wir suchen, ist einzig die mögliche Norm unseres Handelns aus der Einsicht in die uns auferlegte irdische Lage. Wir wollen uns nicht mit der unmenschlichen Haltung bewegen, die aus den Ewigkeitsperspektiven heraus die menschlichen Lose wesensgleich sieht und andererseits uns auch nicht so tief im Dunstkreis des Sterblichen bergen, daß uns jede Bemühung um die Norm des wirklichen Lebens als töricht und ab initio erfolglos erscheinen muß. Vielmehr wollen wir uns auf die Würde des Menschen besinnen, die ihm seinen Platz zwischen Göttern und Tieren anweist, und in ihr den Sinn finden, der zwar die Gründe des Seins und des Sollens berücksichtigt, aber nicht in ihnen, sondern im klaren Bewußtsein des Abstandes von ihnen seine menschliche Bedeutung erweist.

Das menschliche Gesetz also ist es, das wir in der Gemeinschaft suchen, in ihm sehen wir ihre eigentliche Grundlage und das Prinzip ihrer Erhaltung. Dieses Gesetz wird erfüllt in der Ganzheit des menschlichen Lebens, in seinem ungebrochenen Vollzug. Der Begriff bedarf der Erläuterung. Göttliche Ganzheit ruht in sich selbst, besteht in der Wesensgleichheit der göttlichen Substanz. Menschliche Ganzheit erfüllt sich in der Vollkommenheit der Beziehung. Sie ist wirklich im Augenblick der höchsten Spannung, des raschesten Wechsels von Anspruch und Widerspruch, des größten Abstands zwischen Willen und Tat, Impuls und Begehung. Ihr lebendigster Ausdruck und ihr edelstes

Bild in der historischen Welt ist, was die Hellenen des vierten Jahrhunderts Agôn genannt haben. Er bedeutet die volle Verwirklichung jedes Einzelnen im Standhalten vor den Ansprüchen des Nächsten. Im griechischen Leben haben wir ein Bild der wirklichen Gemeinschaft, das unwiederholbar, aber unzerstörbar ist. Das „Wir“ der Griechen meinte nicht jene materialistischen Bindungen und wirklichkeitsfremden Sammelbegriffe, unter denen in der Moderne Gemeinschaft verstanden wird. Ausgedrückt war in den Zeiten des größten Glanzes des hellenischen Volkes die Gemeinschaft nicht in Sammel- oder Identitätsbegriffen, wie „Die Athener“ oder „Die Sophisten“, sondern im einfachen Leben selbst, im lebendigen Ringen aller individuellen und kollektiven Kräfte dieser Menschen untereinander und mit den Göttern. Ihre erhabenen Sinnbilder sind Olympia und Delphi. Die Wirklichkeit der griechischen Städte lag nicht in Satzungen oder Tyrannen. Die einen haben so oft als die andern gewechselt. In ihrer Auseinandersetzung lag die Wirklichkeit. Aber auch im persönlichen Leben kannten die Griechen nicht die Sparsamkeit kraftloserer Zeiten, trieben sie keinen Persönlichkeitskult. In stetem Hervorbringen neuer Persönlichkeiten, ihrem Kampf und Untergang eroberten sie immer reinere, stärkere, wirklichere Formen menschlichen Daseins. Darum war die Agora das Herz der griechischen Staatswirklichkeit und das Gymnasion das Herz der griechischen Lebenswirklichkeit.

Ähnlich sehen wir die Ganzheit einer Gemeinschaft in den ältesten Christengemeinden, als noch die unmittelbar von Gott Begnadeten die Lehre aus dem Geist verkündigten und im Ringen mit den überlieferten Mythen und jungen Fragen der neuen Welt die Geburt der christlichen Kultur sich vollzog; als noch der furchtbare Ernst der unmittelbaren Verantwortung vor dem Leben die Gläubigen beherrschte, der in den Bedeutendsten dieser Zeit nachzittert: in Cyprian und Origenes, während bei Augustin die civitas dei schon in die verantwortungsfreie Sphäre absoluter dogmatischer Geltung entrückt wird.

Und immer wieder in Zeiten, da neue Erfahrungen oder Entdeckungen die abendländischen Menschen vom sicheren Sitz ihrer Weltweisheit und Weltkunst aufjagten: Zweifel, Verlegenheit, Widerspruch geltend gemacht wurden, und es galt, konkreten Aufgaben einer zwingenden Gegenwart zu genügen, bildete sich im Ringen um dieses Genügen wirkliche Gemeinschaft. Die italienischen Stadtrepubliken der Frührenaissance geben hierfür ein Beispiel.

Nicht aber erfüllen die Ganzheit der Gemeinschaft alle Arten

von Sekten und Bünden, die in Abgeschlossenheit den absoluten Glauben oder das absolute Recht zu besitzen wähnen und in der gewaltsamen Form der Weltverbesserung oder Weltverneinung erschienen sind. Dabei ist es gleichgültig, ob sie die ihnen zugefallene Macht mehr dem Charisma eines persönlichen Führers oder mehr dem zur vox populi gewordenen Dogma eines ich-süchtigen Pädagogen oder endlich der einseitigen Berücksichtigung einer soziologisch privilegierten resp. benachteiligten Gruppe verdanken.

Diese Beispiele mögen genügen, um den Begriff der Ganzheit als Wesenserfordernis der Gemeinschaft zu klären. Die lebendige Gemeinschaft selbst als das Gesetz, als die Norm des menschlichen Daseins, ist aber natürlich damit, daß ihr Bild aus der Geschichte aufgerichtet wird, nicht gewonnen. Nur, was sie nicht ist, kann die Kenntnis der Geschichte lehren.

II.

Dieser Standortsbestimmung kann nun aber entgegnet werden: Besinnung auf die Grenzen möglichen Seins in der Wirklichkeit könne zwar Haltung lehren, aber nicht Glauben wirken. Formale Normgewißheit lasse sich mit heterogensten individuellen Inhalten füllen und schließe gerade durch diese Eigenschaft den Begriff des Schicksals, den wir in ihr bestimmen wollten, aus.

Daß unser Schicksalsbegriff ein ethischer ist, das heißt, ein unmittelbar regulatives Prinzip der Wirklichkeit des geschichtlichen Lebens, kann zugegeben werden, ohne damit die Waffen fortzuwerfen. Dieses Zugeständnis bedeutet nur eine Lüftung des Visiers, die an diesem Punkt unseres Kampfes mit der Frage nach dem Schicksal stattfinden darf und muß. Es ist demgemäß ganz richtig, daß unsere Erkenntnis nur Haltung, nicht Glauben wirken kann, denn wir haben ja ausdrücklich auf die Beziehung zum Absoluten verzichtet und uns auf seine Berücksichtigung im Gegner beschränkt. Wir stehen hier an der Grenze des Bereiches, der von unserer Frage überhaupt getroffen wird. Der Glaubensgrund der Persönlichkeit, das letzte agens ihrer Besonderheit gehört dem Schicksal seiner Substanz nach nicht an, denn von dieser Substanz her wird ja der Vollzug des Schicksals erwartet, und zwar einsichtig erwartet, so daß unmöglich jener Persönlichkeitskern, in dem das Wissen vom Schicksal stattfindet, noch von diesem Schicksal selbst substantiell abhängig sein kann. Die besondere Haltung des Vollzuges aber ist es, welche das Schicksal zur Wahrnehmung bringt. Es ist also offenbar

irrtümlich, mit dem „Inhalt“ in der Ethik gegen die „Form“ Sturm zu laufen, weil der Inhalt immer der zwar berücksichtigte, aber niemals gewußte Realgrund des Anspruchs resp. Widerspruchs bleibt, der seiner Substanz nach in den dialektischen Prozeß des Geschehens nicht eintreten kann und darum die Gemeinschaft oder das Schicksal nie bestimmt. Der zweite Einwand, der sich hier uns entgegenwirft, lautet: „Wir suchen ja gar nicht die Norm des wirklichen, sondern des wahren Lebens! Das Schicksal liegt nicht in der Wirklichkeit, sondern in der Wahrheit, und diese gibt es im Bereich der geschichtlichen Welt nur in der Gestalt des großen Menschen. Diese ist die Norm, an der es sich zu orientieren gilt!“ Nach dieser Forderung müßte der Vollzug des Schicksals in dem Nachleben des Vorbildes bestehen, und die Frage nach dem, was Schicksal sei, durch die Benennung dieses Vorbildes zu beantworten sein. Aber auch diese Art von Identifizierung des Subjekts mit dem Absoluten müssen wir ablehnen, denn sie bedeutet die einseitige Position des Scheinfechters, der sich auf keinen ernstlichen Waffengang einläßt, weil er den Gegner gering achtet, und so zwar vielleicht Wahrheit in dem von ihm gewählten Sinn, aber niemals Wirklichkeit vollzieht. Damit ist aber auch die Ganzheit in ihrem eigentlichen Sinne preisgegeben. Denn Ganzheit kann nicht in Gleichheit bestehen: eine Mehrheit gleicher Teile ist keine Ganzheit. Wohl aber findet Ganzheit statt, wo heterogene Teile in einer harmonischen Beziehung ineinander wirken.

Wir dürfen an diesem Punkte nochmals zusammenfassen: Der Gedanke der Gemeinschaft setzt keinen absoluten Inhalt und die Wirklichkeit der Gemeinschaft keine historische Gestalt voraus. Wirkliches Leben kann nicht maßgeblich gewisser Vorbilder, sondern nur maßgeblich des ans Leben herantretenden Lebensanspruchs und -widerspruchs sich erfüllen. Die Gemeinschaft ist demgemäß nichts ideell a priori Festgelegtes und ebensowenig ein in realer Vorbildlichkeit Gestaltetes: sie ist das durch Frage und Antwort, Anspruch und Widerspruch gewirkte menschliche Leben selbst und als solches unser Schicksal.

III.

Dieses Schicksal ist mit jedem Tage neu und doch in allen Stunden gleicherweise zu vollziehen. Das Wissen um es schließt den Hochmut jener eingeweihten Weisen, die des Schicksals kraft geheimer Kunde mächtig zu sein glauben, ebenso aus, wie den Leichtsinn jener Trägen, Unverlegenen, die sich mit der Einsicht trösten, daß es auf sie speziell nicht ankomme. Jene Be-

scheidenheit, die nur aus Furcht vor der Verantwortung erwächst, welche der Mitvollzug des Schicksals bedeutet, ist Frevel.

Das Schicksalsbewußtsein, wie wir es bestimmt haben, dient weder der Selbstverherrlichung noch der Selbstverleugnung; es dient überhaupt keiner individuellen Haltung oder Pose, sondern alles individuelle Verhalten wird erst in seinem Vollzug sinnhaft und dient dadurch ihm. Unser Schicksalist das soziale Schicksal, die bittere, aber heilsame und nüchterne Erkenntnis der unauflöslichen Gebundenheit des Ich an das Du, das ihm entgegensteht. Dadurch gewinnt ein schlichter, im Zeitalter eines schrankenlosen Individualismus schwach gewordener und vielfach mißbrauchter Gedanke zentrale Bedeutung für das gegenwärtige Leben: der Gedanke des Rechts.

Die Idee des Rechts ist es, welche die Beziehungen zwischen den Menschen harmonisiert und ihnen das gültige Maß gibt. Wenn wir in diesen Beziehungen das menschliche Schicksal erblicken, dann muß die Idee des Rechts zugleich zum rechten Vollzug der Gemeinschaft anleiten, sie muß die Gestalt des Schicksals angeben. Hier gilt es nun aber zuletzt die Grenzen sorgfältig abzustecken; denn die Idee des Rechts erscheint dem Suchenden immer zuerst im Staate, als dessen konkrete Idee oder vollziehende Ordnung sie wirkt. Gewiß ist, daß kein Inhalt des sozialen Lebens irgendwelcher Art für sich abgesondert den Gedanken des Schicksals und damit den der Gemeinschaft positiv bestimmen kann, weil Gemeinschaft nur im Verhältnis des Anspruchs und Widerspruchs und das Schicksal nur im bewußten Vollzug dieses Verhältnisses wirklich ist. Aus diesem Grunde kann weder die konkrete Staatsidee, mag sie Demokratie, Monarchie, Ständestaat, Sozialismus oder wie immer heißen, noch die einfache ratio legis der Rechtsgedanke sein, der den Begriff unseres Schicksals erfüllt. Vielmehr ist es die Idee der Begrenzung, des Standhaltens vor dem Widerspruch selbst, welche als Inhalt der Gemeinschaft erscheint, und nur in ihr ist das ordnende Maß gegeben, das den rechten Vollzug der Gemeinschaft: das Schicksal, lehrt. Somit kann auf die Frage nach unserem Schicksal keine andere Antwort gegeben werden, als diese: Unser Schicksal ist der rechte Vollzug der Gemeinschaft, das heißt, die unentwegte Wirklichkeit des Lebens, die im Erheben von Anspruch und Ertragen von Widerspruch als eine dialektische Beziehung besteht. Und was unter einem rechten Vollzug zu verstehen sei, lehrt uns das menschliche Gesetz.

Dessen tiefsten Gehalt verkündet uns Adalbert Stifter in der Vorrede zu seinen „Bunten Steinen“ mit folgenden unvergänglichen Worten: „Es gibt Kräfte, die nach dem Bestehen der gesamten Menschheit hinwirken, die durch Einzelkräfte nicht beschränkt werden dürfen, ja im Gegenteil beschränkend auf sie selber einwirken. Es ist das Gesetz dieser Kräfte, das Gesetz der Gerechtigkeit, das Gesetz der Sitte, das Gesetz, das will, daß jeder geachtet, geehrt, ungefährdet neben dem Andern bestehe, daß er seine höhere menschliche Laufbahn gehen könne, sich Liebe und Bewunderung seiner Mitmenschen erwerbe, daß er als Kleinod gehütet werde, wie jeder Mensch ein Kleinod für alle andern Menschen ist. Dieses Gesetz liegt überall, wo Menschen neben Menschen wohnen, und es zeigt sich, wenn Menschen gegen Menschen wirken. . . . So groß ist die Gewalt dieses Rechts- und Sittengesetzes, daß es überall, wo es immer bekämpft worden ist, doch endlich allezeit siegreich und herrlich aus dem Kampfe hervorgegangen ist. . . . So ist dieses Gesetz, wie das der Natur das welterhaltende ist, das menschenhaltende.“

IV.

Auf diesem Grunde erhebt sich jetzt die Frage nach den Möglichkeiten dieser rechten Gemeinschaft im gegenwärtigen Augenblick und erst damit gelangen wir zur vollen Beantwortung der uns gestellten Frage.

Der Gedanke der rechten Gemeinschaft, wie er insbesondere von Stammer apriorisch herausgearbeitet worden ist, bliebe von solcher Fragestellung seinem Wesen nach unberührt. Die Wirklichkeit der rechten Gemeinschaft, wie sie uns in der Auseinandersetzung mit der Grisebachschen philosophischen Haltung als Inhalt des Schicksalsbegriffs erwachsen ist, fordert sie. Denn dem Schicksalsbegriff eignet die zeitlichräumliche Entfaltung, das Einmalige: die Gestalt. Die Gemeinschaft als solche besteht im grenzbewußten Vollzug der realen Dialektik, und die Form dieses Grenzbewußtseins ist der Gedanke des Rechts. Daß es aber eine reale Dialektik ist, der gegenüber diese ethische Haltung stattfindet, bedeutet, daß die Grenzen nach der einmaligen Beschaffenheit dieser Auseinandersetzung, sich jeweils anders bestimmen müssen. Für jeden geschichtlichen Augenblick also gibt es nur eine grenzbewußte Haltung und diese ist es, welche die Antwort auf die Frage nach dem Schicksal gibt.

Zu kaum einer andern Zeit hat das Wort „Gemeinschaft“ so viel bewirkt und soviel lebenzeugende Kraft besessen, wie in der gegenwärtigen Stunde des deutschen Schicksals. Mögen sie

ihrer Idee nach uralte und ökumenisch oder jüngstem Tag entsprungen und lokal begrenzt sein: die Bünde aller Art entstehen, wachsen und vermehren sich fortwährend. Sie alle sind für sich allein in unserem Sinne nicht rechte Gemeinschaft; mögen die Alten oder die Jungen, die Interessen oder die Ideale, ein besonderes Wissen oder ein neuer Glaube in ihnen zum Wort gekommen sein. Es kommt auf ein anderes an. Alle diese Konzentrationspunkte des geistigen Lebens der Nation stehen im Kampf untereinander und haben die Tendenz zur alleinigen Führerschaft und späteren Herrschaft in sich. Darum stellen sie keine wirklichen Gemeinschaften dar, denn sie streben nach möglichster Identifikation ihrer Glieder unter sich und mit der Idee des Bundes. Erst in ihrer Auseinandersetzung bedeuten sie im ganzen die wirkliche Gemeinschaft. Rechte Gemeinschaft wird daraus nur derjenige zu machen imstande sein, der unter Aufgabe seiner eigenen absoluten Geistes- und Lebensposition den von diesen Bewegungen an ihn gestellten Forderungen standhält und ihnen so zur Einsicht in die Grenzen des menschlichen Gesetzes verhilft. Er vollzieht das Schicksal allerdings erst dann vollkommen, wenn er unter den vielen die entscheidenden Auseinandersetzungen erkennt, mit deren Grenzabsteckung auch die aller andern Kämpfe gewiesen ist. Denn alle diese gegenwärtig sich befehdenden Positionen dienen letztthin nur einer Auseinandersetzung, der unseres eignen Geschlechtes mit den ewig gleichen Ansprüchen der Geschichte und den Widersprüchen des Gedankens. Mit dem grenzbewußten Vollzug dieser konstituierenden Grunddialektik der gegenwärtigen Stunde ist die Gestalt des Schicksals bestimmt und erlischt alles Fragen nach seinem Inhalt und Sinn.

Das Bekenntnis auf diese konstituierende Dialektik des gegenwärtigen Lebens zu vollziehen, kann aber nicht Aufgabe einer Besinnung über den Inhalt des gegenwärtigen Schicksals sein. Wir stehen damit am natürlichen Ende unserer Betrachtung. Denn dieser Vollzug geschieht einerseits durch das Leben selbst, welches die absoluten Standpunkte fortwährend relativiert; andererseits aber ist er schon beschlossen in der kritischen Haltung der philosophischen Arbeit, wie wir sie einzuhalten bemüht waren. Nur eine fortwährend wache Besinnung auf die Forderungen der Wirklichkeit im lebenden wie im theoretischen Bezirk kann uns der Erkenntnis dieser konstituierenden Dialektik näher bringen, den Vollzug rechter Gemeinschaft und damit den Sinn des gegenwärtigen Schicksals lehren.

Grundsätze für die gesetzliche Neuregelung des Arbeitsrechts in Deutschland¹⁾.

Vortrag des Obermagistratsrats **Paul Wölbling**,
Direktor des Gewerbe- und Kaufmannsgerichts der Stadtgemeinde
Berlin.

I.

„Die Rechtsphilosophie hat die für einzelne Rechtsmaterien gewonnenen gesetzgeberischen Erfahrungen zu sammeln und für andere Materien fruchtbar zu machen. Insofern hat sie unablässig reformierend zu arbeiten. Und insofern beschäftigt sie sich vor allem mit den aktuellen Gegenwarts- und Zukunftsfragen. Im Augenblick hat sie u. a. insbesondere dem internationalen Recht, dem Arbeits- und Wirtschaftsrecht erhöhtes Interesse entgegenzubringen.“

Ist diese von Wilhelm Sauer aufgestellte These²⁾ richtig, so bedarf die Wahl meines Themas grundsätzlich keiner weiteren Rechtfertigung. Die Wahl eines Themas der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung ist auch nichts Neues für die Internationale Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Durfte ich doch bereits im Jahre 1910 auf dem Kongreß in Darmstadt eingehende Vorschläge für die gesetzliche Regelung der Akkordarbeit³⁾ vortragen, wie auch seinerzeit meine Vorschläge für die Schaffung eines Reichseinigungsamtes eine eingehende Würdigung gefunden hatten.

Schon vor dem Kriege sind einzelne Fragen des Arbeitsrechts als dringend reformbedürftig erkannt worden, weil ihre Regelung der wirtschaftlichen und politischen Entwicklung nicht gefolgt war und soweit Teilmaterien nach und nach geregelt wurden, keinerlei System bei dem gesetzgeberischen Vorgehen innegehalten wurde. Das Arbeitsrecht ist daher in einem bunten Gemisch von Gesetzen zersplittert. Dazu kommen die vielen Streitfragen bei der Auslegung der Gesetze, deren Behebung dadurch erschwert ist, daß es an einer einheitlichen höchsten Spitze für die Rechtsprechung in Arbeitssachen fehlt, weil die arbeitsgerichtlichen (gewerbe- und kaufmannsgerichtlichen) Sachen von der Revision ausgeschlossen und die Entscheidungen der ordentlichen Gerichte auf arbeitsrechtlichem und verwandtem Gebiet

¹⁾ Vgl. Leitsätze Archiv f. R. u. W. XX, S. 170 f.

²⁾ Archiv f. R. u. W. XX, S. 167.

³⁾ Archiv f. R. u. W. IV, 652—673.

sehr spärlich sind und außerdem meist die für die Revision erforderliche Streitsumme nicht erreichen. Eine Notlage war also schon vor dem Kriege für das Arbeitsrecht vorhanden. Insbesondere hatte die Reichsregierung durch den Mund der Staatssekretäre von Bethmann-Hollweg und Delbrück wiederholt die dringende Notwendigkeit der Regelung des Arbeitstarifvertragsrechts, von Arbeits- oder Arbeiterkammern und des Arbeitsnachweises anerkannt. Arbeiterkammern wurden schon Anfang der 70er Jahre des vorigen Jahrhunderts im Reichstag gefordert und bis auf eine einzige, die Zulassung von Verbandsvertretern betreffende Gesetzesbestimmung war man sich schon mehrmals im Bundesrat und Reichstag über ein Gesetz einig geworden! 12 Jahre sind seitdem verflossen, und heute streitet man über das Prinzip mehr denn je. Inzwischen haben wir ein Arbeitsnachweisgesetz bekommen. Dieser Fortschritt, der freilich mit mancherlei Unklarheiten verquickt ist, ist lediglich einer eigenartigen tieftragischen politischen Situation zu danken, sonst warteten wir noch heute auf die Lösung dieser wichtigen sozialpolitischen Frage, wie wir noch heute auf das Reichseinigungsamt warten und uns mit dem Torso eines Tarifgesetzes vom 23. Dezember 1918 begnügen müssen. Bereits vor dem Krieg haben zwei Juristentage und der Verbandstag der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte im Jahre 1913 sich mit der Vereinheitlichung des Arbeitsrechts befaßt. Am 26. April 1914 tagte in Berlin ein von zwölf Angestelltenorganisationen einberufener Kongreß für einheitliches Arbeitsrecht, der die Forderung eines einheitlichen, sozial fortschrittlichen Arbeitsrechts aufstellte. Im Jahre 1912 faßte Heinz Potthoff in einem ausgezeichneten, anregenden Buche „Probleme des Arbeitsrechts“⁴⁾ alles zusammen, was damals an verwertbaren Gedanken für eine allgemeine Neuregelung des Arbeitsrechtes vorhanden war. Die Schrift enthielt auch eine Reihe von gesetzgeberischen Entwürfen, die von verschiedenen Autoren verfaßt waren. Im Jahre 1914 folgte Sinzheimer mit einer Schrift „Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland“⁵⁾. Im Laufe des Krieges habe ich mehrmals in der „Sozialen Praxis“, in der Potthoffschen Zeitschrift „Das Arbeitsrecht“ und in Tageszeitungen die wichtigsten Forderungen zusammengestellt und die Vorbereitung einer neuen Gesetzgebung für die Zeit nach Beendigung des Krieges aufgestellt, weil ich glaubte, daß die ungeheure

⁴⁾ Jena 1912, Eugen Diederichs.

⁵⁾ Schriften des Verb. deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, Heft I, Berlin 1914, Franz Vahlen.

Leistung des Volkes im Kriege angesichts der Zweifelhafteit materieller Errungenschaften wenigstens eine ohne Aufwendung staatlicher Mittel erreichbare Verbesserung seiner Rechtslage verlangen könnte, die das durch die Treue des Volkes in schwerer Not des Vaterlandes verdiente Vertrauen zum Ausdruck brachte und die Schranken niederlegte, welche ein vielleicht durch Vorsicht früher gebotenes Mißtrauen gegen unüberlegtes Handeln der Masse errichtet hatte. Dahin gehörten vor allen Dingen die Bestimmungen gegen den Massenzusammenschluß in den §§ 152, 153 der Gewerbeordnung.

Sinzheimer wollte die Vielheit einzelner Arbeitsrechte für besondere Gruppen von Arbeitnehmern und besondere tatsächliche Verhältnisse nicht beseitigen, sondern er verlangte nur die Schaffung eines allgemeinen, alle arbeitsrechtlichen Teile durchströmenden und ergänzenden Arbeitsrechts, welches der gesetzliche Ausdruck wäre dessen, was allen Spezialarbeitsgesetzen gemeinsam sein soll. Das Arbeitsrecht müsse vom allgemeinen bürgerlichen Recht emanzipiert werden, dessen Geist ihm fremd sei. Es müsse das Kulturniveau innehalten, welches unseren heutigen Moral- und Rechtsanschauungen entspricht. Es müßten daher allgemein die widersprechenden Bestimmungen der Spezialgesetze beseitigt werden, während solche Spezialbestimmungen, die ihrer Natur nach allgemein für alle arbeitsrechtlichen Beziehungen gültig sein können, bestehen bleiben könnten. Das allgemeine Gesetz müßte die Grundrechte der Arbeit enthalten, wie z. B. den Schutz der Freiheit des arbeitenden Menschen.

Sinzheimer verlangt die Freiheit im und vor dem Arbeitsvertrag. Ihre Bedrohung erblickt er in Konkurrenzklauseln, schwarzen Listen, Ächtung organisierter Arbeiter, in der Gefährdung von Leben, Gesundheit und Sittlichkeit. Die Freiheit vor dem Arbeitsvertrag bedeutet ihm die Freiheit jedes arbeitenden Menschen, sich außerhalb des Arbeitsvertrages selbst zu bestimmen. Er verlangt die Mitwirkung der Arbeitnehmer bei der Gestaltung der Lohn-, Arbeits- und Anstellungsbedingungen und eine Beschränkung des Kündigungsrechts wegen außerberuflichen Verhaltens und Trennung der Werkwohnungsmiete vom Arbeitsvertrag. Er will das Angestelltenrecht vom Arbeiterrecht unterscheiden, also im wesentlichen das Recht der Kopfarbeiter von dem der Handarbeiter.

Als Rechtsquelle genügt ihm nicht das bloße Gesetz, sondern er fordert eine soziale Dezentralisation, indem gewissen genossenschaftlichen Kreisen Autonomie verliehen wird. Die Arbeitstarifverträge, das meint er damit, sollen Organe objektiven Arbeits-

rechts werden. Die Rechtsverwaltung, besonders durch Arbeitsgerichte, soll eine paritätische werden, d.h. durch Behörden erfolgen, in denen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in gleicher Zahl mitwirken.

Wenn ich auch aus der Gesamtheit der Bestrebungen vor dem Kriege nur einige Beispiele als Einleitung meines Vortrages hervorheben will, so muß ich nach dieser ausführlichen Wiedergabe der Gedankengänge Sinzheimers wenigstens die letzte Schlußfolgerung Potthoffs anführen⁶⁾:

Potthoff kommt zu der Überzeugung, daß die heutige Wirtschaftslehre nur wertet, was für die Privatwirtschaft einen Wert hat. Das sozialwirtschaftliche hätten wir vergessen. Es gäbe nichts, womit wir eine größere Verschwendung trieben als mit dem Menschen, auf dessen Züchtung wir nicht einmal so viel Mühe verwendeten, wie auf die Züchtung der Tiere. Eine Auseinandersetzung mit dem Sozialismus, der die Abschaffung des Arbeitsverhältnisses verlange, vermeidet Potthoff. Er hält eine solche Auseinandersetzung schon deshalb für überflüssig, weil nach seiner Meinung die Vergesellschaftung der Produktion an den Hauptfragen wenig ändern würde, denn auch nach einer Vergesellschaftung würden die Menschen hauptsächlich in Großbetrieben arbeiten und eines Schutzes gegen die Betriebsleiter bedürfen. Wie auch die Entwicklung ginge, so würde die Umwandlung des Arbeitsverhältnisses aus dem gegenwärtigen Gewaltverhältnis in ein Rechtsverhältnis, die Schaffung eines einheitlichen sozialen Arbeitsrechts stets das wichtigste Rechtsproblem und der Angelpunkt der inneren Politik in Deutschland sein.

Kenner der Verhältnisse hatten also bereits vor dem Kriege die Dringlichkeit der Aufgabe eingesehen. Nun hat aber die Zerstörung der Sachgüter im Kriege und die dabei zutage getretene Notwendigkeit des Einsetzens der letzten Kräfte des Menschen, der ganzen körperlichen, geistigen, moralischen Energie ein noch viel klareres Bild geschaffen, indem die Kontraste noch viel schärfer hervortreten als früher.

Das gesamte Wirtschafts- und Staatsleben mußte von neuem aufgebaut werden, die Sachgüter mußten von neuem herangeschafft oder neu erzeugt werden, politische und kulturelle Hemmungen, namentlich in den Beziehungen der Völker zueinander mußten und müssen heut noch erst überwunden werden. Die Maschine war zerstört, und wenn wir sie roh wieder auf-

⁶⁾ Potthoff a. a. O., S. 249, 250.

bauen, so fehlt noch das Öl einer wahren Friedensgesinnung, die die Voraussetzung für ein gedeihliches Wirken der menschlichen Kräfte im Sinne der Erhaltung und Hebung des Menschengeschlechts ist, eines Zieles, dem nachzustreben uns die Natur als einen der edelsten Triebe eingepflanzt hat.

Darin weiche ich vielleicht von Potthoff und anderen ab, daß ich behaupte, daß dieser Trieb allem menschlichen Streben innewohnt, und daß die Zielsetzung letzten Endes bei allen die gleiche ist, sowohl bei den Individualisten wie bei den Sozialisten, bei den Privatrechtlern wie bei den Sozialrechtlern — wenn ich diesen Ausdruck der Kürze halber gebrauchen darf. Ebenso wenig wie der Sozialismus die Vernichtung des Individuums zum Ziele haben kann, hat das Privatrecht die Zerstörung der sozialen, gesellschaftlichen Zusammenhänge im Auge, sondern beide wollen das Leben der einzelnen Menschen in der Gemeinschaft der Mitmenschen auf die denkbar beste Weise durch Maßnahmen der Gesamtheit, in letzter Linie durch staatliche Gesetze regeln, und beide bedürfen der Mitwirkung der Individuen, die ja die Gemeinschaft bilden.

Je weniger man genötigt ist, zwecks Erreichung des zu erstrebenden Zieles sich auf eine der beiden heute in so heftigem Streit befangenen Grundideen, die des Individualismus oder die des Sozialismus festzulegen, um so mehr können wir uns alle in der Erkenntnis vereinigen, daß nach den Zerstörungen und Umwälzungen des Krieges das wichtigste uns noch verbliebene Mittel zum Wiederaufbau: die Arbeitskraft des Menschen, eine ganz außerordentlich erhöhte Wertschätzung und Pflege beanspruchen kann. Gewiß ist die Rechtsordnung nicht das einzige Mittel, um die Arbeit zu ermöglichen und zu schützen. Es müssen zunächst Arbeitsplätze da sein; also die wirtschaftliche Förderung der Produktion darf nicht vernachlässigt werden.

Aber ebenso wichtig ist der Satz: „Ohne eine Arbeitsrechtsordnung gibt es keine Arbeitsplätze!“ und wie manche Bestimmungen des Arbeitsrechts geradezu abschreckend auf die Arbeitsbetätigung wirken können, so ist eine gute Arbeitsrechtsordnung eines der wesentlichsten Mittel zur Pflege der Arbeit und zum Wiederaufbau der Staaten.

Als Beispiel für den letzten Satz möchte ich auf die Straffreiheit gewisser Beleidigungen und Körperverletzungen im Gcsinderecht hinweisen, die mit zu einem Abströmen der Hausangestellten und Landarbeiter in die Industrie geführt hat, wie andererseits die große Zahl zwingender Bestimmungen im Arbeitsrecht die Unternehmer nicht selten in eine Kampfstellung bringt, die alles eher als produktionsfördernd wirkt und sicher manchen zur Führung und Leitung eines Betriebes begabten Mann von einer Betätigung als Unternehmer abhält.

II.

Durch Artikel 157 der Reichsverfassung wird die Arbeitskraft unter den besonderen Schutz des Reiches gestellt und zugleich — offenbar als Mittel für die Durchführung dieses Schutzes — weiter gesagt: Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht. (Artikel 158 der Reichsverfassung): Die geistige Arbeit, das Recht der Urheber, der Erfinder und der Künstler genießt den Schutz und die Fürsorge des Reiches. Artikel 159: Die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Alle Abreden und Maßnahmen, diese Freiheit einzuschränken oder zu behindern, sind rechtswidrig. Art. 160: Wer in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis als Angestellter oder Arbeiter steht, hat das Recht auf die zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und, soweit dadurch der Betrieb nicht erheblich geschädigt wird, zur Ausübung ihm übertragener öffentlicher Ehrenämter nötige freie Zeit. Wie weit ihm der Anspruch auf Vergütung erhalten bleibt, bestimmt das Gesetz. Artikel 161: Zur Erhaltung der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit, zum Schutz der Mutterschaft und zur Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Schwäche und Wechselfällen des Lebens schafft das Reich ein umfassendes Versicherungswesen unter maßgebender Mitwirkung der Versicherten. Artikel 162: Das Reich tritt für eine zwischenstaatliche Regelung der Rechtsverhältnisse der Arbeiter ein, die für die gesamte arbeitende Klasse der Menschheit ein allgemeines Mindestmaß der sozialen Rechte erstrebt. Artikel 163: Jeder Deutsche hat unbeschadet seiner persönlichen Freiheit die sittliche Pflicht, seine geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert. Jedem Deutschen soll die Möglichkeit gegeben werden, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben. Soweit ihm angemessene Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann, wird für seinen notwendigen Unter-

halt gesorgt. Das Nähere wird durch besondere Reichsgesetze bestimmt. Artikel 164: Der selbständige Mittelstand in Landwirtschaft, Gewerbe und Handel ist in Gesetzgebung und Verwaltung zu fördern und gegen Überlastung und Aufsaugung zu schützen. Artikel 165: Die Arbeiter und Angestellten sind dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken. Die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen werden anerkannt. Die Arbeiter und Angestellten erhalten zur Wahrnehmung ihrer sozialen und wirtschaftlichen Interessen gesetzliche Vertretungen in Betriebsarbeiterräten, sowie in nach Wirtschaftsgebieten gegliederten Bezirksarbeiterräten und in einem Reichsarbeitserrat. Die Bezirksarbeiterräte und der Reichsarbeitsrat treten zur Erfüllung der gesamten wirtschaftlichen Aufgaben und zur Mitwirkung bei der Ausführung der Sozialisierungsgesetze mit den Vertretungen der Unternehmer und sonst beteiligten Volkskreisen zu Bezirkswirtschaftsräten und zu einem Reichswirtschaftsrat zusammen. Die Bezirkswirtschaftsräte und der Reichswirtschaftsrat sind so zu gestalten, daß alle wichtigen Berufsgruppen entsprechend ihrer wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung darin vertreten sind. Sozialpolitische und wirtschaftspolitische Gesetzentwürfe von grundlegender Bedeutung sollen vor ihrer Einbringung dem Reichswirtschaftsrat zur Begutachtung vorgelegt werden. Den Arbeiter- und Wirtschaftsräten können auf den ihnen übertragenen Gebieten Kontroll- und Verwaltungsbefugnisse übertragen werden. Das Reich hat also nicht nur allgemein ein neues Arbeitsrecht verheißen, sondern es hat eine ganze Reihe wichtiger Grundsätze ausgesprochen, die zwar im allgemeinen nicht eine unmittelbare Rechtswirkung haben, die aber vor dem Erlaß eines neuen Arbeitsrechts beachtet werden müssen, wenn das neue Gesetz nicht in Widerspruch zur Verfassung treten will und alsdann, soweit es nicht möglich wäre, ihm eine verfassungsändernde Kraft beizulegen, also die nötige qualifizierte Mehrheit zu erlangen, unwirksam wäre.

III.

Maßgebend für eine der Reichsverfassung entsprechende Regelung muß auch dasjenige sein, was die Verfassung über die Wirtschaftsordnung im allgemeinen sagt. Auch hiermit muß sich die Arbeitsverfassung im Einklang halten.

Während von seiten politischer Parteien und Vertreter der Wissenschaft darüber geklagt wird, daß das Arbeitsrecht bisher

mehr oder weniger als Anhängsel der Eigentumsordnung aufgefaßt wurde, verbürgt die Reichsverfassung in Art. 153, 154 mit starker Betonung die Aufrechterhaltung von Eigentum und Erbrecht, allerdings mit der Ergänzung, daß das Eigentum verpflichtet und daß sein Gebrauch zugleich Dienst für das gemeine Beste sein soll. So sehr also die Arbeit in der Reichsverfassung als wichtigstes Volksgut anerkannt ist, muß das Arbeitsrecht doch auch mit der bisher bestehenden Wirtschaftsordnung in Einklang gehalten werden. Die Kennzeichnung dieser Wirtschaftsordnung möchte ich allerdings nicht als eine Eigentumsordnung bezeichnen, sondern als eine solche, die von der Individualität des Menschen ausgeht und die die Erhaltung und Entwicklung der individuellen Persönlichkeit als wichtigsten Baustein für den Aufbau der Gemeinschaft ansieht. Der Erwerb von Eigentum wurde bisher als eine verdienstvolle Tat anerkannt, also als nützlich für die Gesamtheit. Der Grundsatz, daß Eigentum verpflichtet, ist nichts Neues; er ergibt sich schon aus der nie in Zweifel gezogenen Verpflichtung zum sittlichen Handeln. Was vom Eigentum gilt, gilt auch von andern Lebensgütern, auch von der Arbeitskraft, die jeder Deutsche nach Artikel 163 der Verfassung so zu betätigen hat, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert. Derartige Grundsätze in Gesetzesform umzupressen und bestimmte gesetzliche Pflichten daraus herzuleiten, ist kein leichtes Unterfangen, zumal bei der Gesetzgebung nicht immer Kompromißnaturen am Werk sind, wie es beim Erlaß der hier in Betracht kommenden Verfassungsbestimmungen der Fall war, sondern weil meist der Standpunkt des Eigentums und der Arbeit, der Standpunkt des Individualismus und des Sozialismus, nicht selten mit starker Übertreibung, gegeneinander kämpfen.

IV.

Besonders wird dahin gestrebt, der künftigen Entwicklung nach der einen oder anderen Richtung vorzubauen. Dabei verlieren die extremen Verfechter, deren Zahl keineswegs klein ist, die Gegenwart und ihre dringendsten Bedürfnisse leicht aus den Augen. In diesem Umstande sehe ich einen der Hauptgründe für die bisher recht langsame Entwicklung der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, die bisweilen völlig zum Stillstand kam und zum Teil sogar Rückschläge aufwies, sei es durch Abänderung von Gesetzen, sei es bei ihrer Handhabung. Das letztere gilt z. B. von dem Betriebsrätegesetz, das erste in bezug auf die Arbeitszeitverordnungen, die Verordnung über Stillelegungen und Ent-

lassungen, die früheren Bestimmungen über das Schlichtungswesen, hauptsächlich in der Verordnung vom 23. Dezember 1918.

Derartige Rückschläge verbessern das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern nicht. Eine derartige schwankende Handhabung der Gesetzgebung und Auslegung erweckt falsche Hoffnungen sowohl auf der einen wie auf der andern Seite und erzeugt Enttäuschungen auf der Gegenseite, die nicht geeignet sind, einen dauernden Arbeitsfrieden herbeizuführen.

Um einen Überblick über die Bestrebungen und das möglicherweise Erreichbare zu gewinnen, ist es notwendig, einen Blick auf die ausländische Gesetzgebung zu werfen, wobei ich auch an die Beschlüsse des Völkerbundes und die Abmachungen des Friedensvertrages von Versailles erinnere. Ich will zunächst das älteste umfassende Werk einer Gesamtkodifikation erwähnen. Es ist dies der französische *code du travail*. Er umfaßt das gesamte materielle und formelle Arbeitsrecht, den Arbeitsvertrag, die Arbeiterschutzgesetze und das Verfahren im Arbeitsrecht. Neu ist bei dieser Gesetzgebung nur die Zusammenfassung in einem Gesetzbuch. Man hatte durchaus vermieden, neue Grundsätze aufzustellen oder auch nur in Einzelheiten von den bestehenden Gesetzen abzuweichen. Gleichwohl ist diese Gesetzgebung von großer Bedeutung. Sie bewegt sich lediglich auf dem Boden des praktisch Erreichbaren, besser gesagt, des bereits praktisch Erreichten. Sie erleichtert nicht nur die Handhabung des Arbeitsrechts, sondern ergibt auch eine zuverlässige Grundlage für den weiteren Ausbau des Arbeitsrechts. Die Schwierigkeit der Zusammenstellung eines derartigen Code und ihre Bedeutung soll man nicht unterschätzen.

Es ist keineswegs, wie Sinzheimer meint, eine Arbeit, die man irgendeinem Minister übertragen könnte. Einmal bedarf es der Feststellung des richtigen Textes, dann der Prüfung dessen, was von den früher erlassenen Gesetzen noch gilt und was durch spätere Gesetze oder auf andere Art aufgehoben ist, und schließlich der richtigen Gruppierung. Aus der Gruppierung ergibt sich vielfach die Bedeutung, die einer Gesetzesbestimmung beizulegen ist. Es ist das nicht lediglich eine technische Arbeit, sondern sie bedarf der Autorität des Gesetzgebers, denn sonst könnte sie nichts Verbindliches schaffen, und die Gerichte könnten ihre Ansicht über die Gültigkeit und Bedeutung einer Bestimmung der des Ministers maßgeblich gegenüberstellen. Es genügt auch nicht, wenn man in einem solchen Falle den Minister ermächtigt, eine Zusammenstellung mit gesetzlicher Verbindlichkeit zusammenzustellen. Denn Arbeitgeber und Arbeitnehmer lassen sich bei der

Vorbereitung eines derartigen, ihre ganze Existenz berührenden Gesetzgebungswerkes nicht ausschalten, und ihre Zuziehung ist geeignet, eine derartige Arbeit aufs äußerste hinzuziehen, ja sogar zu vereiteln. Bei uns kommt noch die Notwendigkeit hinzu, das Partikularrecht zu berücksichtigen. Von den übrigen Arbeitsrechten möchte ich nur zwei extreme berühren, das russische und das italienische Arbeitsrecht, zwei Extreme, die trotz entgegengesetzter Tendenz sich doch auch wieder stark berühren, hauptsächlich in dem diktatorischen Zwang, mit welchem die Bevölkerung in das von einer absoluten Staatsgewalt ohne Rücksicht auf die bisherige Entwicklung aufgestellte Schema hineingepreßt werden soll.

Die russische Gesetzgebung ist die ältere, sie weist daher auch bereits Erfahrungen auf, und diese sind verbunden mit wiederholten grundsätzlichen Änderungen des Systems.

Die Revolution im Jahre 1917 begann mit einer umfassenden Aufhebung des Privatrechts, besonders des Eigentums, wobei hier hauptsächlich das Eigentum an den Betrieben interessiert. Der Einzelarbeitsvertrag fiel vollständig hinweg. An seine Stelle traten zufolge des Dekretes über die Bestätigung der Kollektivverträge vom 2. Juli 1918 die Kollektivverträge (Tarifverträge), deren Vertragscharakter aber darum erheblich in den Hintergrund trat, weil für die Arbeitgeber ein Kontrahierungszwang bestand, das heißt, daß, falls sie die Forderungen der Gewerkschaften nicht annehmen konnten, sie dazu durch das Volkskommissariat für Arbeit gezwungen wurden. Die Zuweisung der Arbeiter erfolgte durch die in den Händen der Arbeiter befindlichen Arbeiterbörsen, also auch unter Ausschaltung des Vertrages. Die Arbeiterregierung wollte jegliche Ausbeutung eines Menschen durch einen anderen, und die Einteilung der Menschen in Klassen beseitigen. Die „parasitischen“ Menschenklassen sollten durch Einführung einer allgemeinen Arbeitspflicht beseitigt werden.

Bereits im Jahre 1922 wurde ein neues Arbeitsgesetzbuch eingeführt. Dieses verzichtet auf die Arbeitsdienstpflicht — abgesehen von einem ganz unerheblichen Rest betr. Hilfeleistung in Notfällen, Bestimmungen, wie wir sie ähnlich auch in anderen Staaten als polizeiliches Notrecht haben. Das Gesetz sieht auch den Einzelarbeitsvertrag vor, der zwar von dem unsrigen in manchen Einzelheiten abweicht, aber doch einen grundsätzlich privatrechtlichen Charakter aufweist, der übrigens in mancher Beziehung gegenüber unserem Recht auch größere Härten für die Arbeitnehmer enthält, wobei die Regelung für die Arbeiter

und die Angestellten, d. h. die Kopfarbeiter, eine verschiedene ist. Das Gesetz stellt Normen für die Mindestleistungen der Arbeitnehmer auf, die unter Umständen auch andere als die vereinbarten Arbeiten ausführen müssen. Im Falle von Minderleistungen kann der Lohnsatz auf zwei Drittel des tarifmäßigen Betrages herabgesetzt werden. Das Verfahren und die Gerichtsorganisation ist nach den Mitteilungen von Heinrich Freund äußerst kompliziert und kann m. E. schwerlich einen wirksamen und schnellen Schutz der Arbeitnehmer gewährleisten. Die Grundlagen der privatrechtlichen Eigentumsordnung werden im wesentlichen auch wieder eingeführt, sofern sie überhaupt durchgängig in dem weiten, überwiegend agrarischen Lande praktisch beseitigt waren. Die Arbeiterkontrolle durch die Betriebsräte ist gesetzlich nicht durchgebildet. Stärker ist der Einfluß der Gewerkschaften. Sie sind legitimiert zum Abschluß von Tarifverträgen und ernennen die Betriebsräte. Die ganze Entwicklung in Rußland scheint gegenwärtig wieder eine rückwärtige zu sein. Wie weit die Rückbildung gehen wird, ob sie nicht vielleicht infolge starken Mißerfolges des kommunistischen Experiments und der dadurch eingetretenen Erschlaffung der großen Masse des Volkes schließlich bei einer stärkeren Betonung des Kapitalismus und der Privatwirtschaft enden wird, bleibt abzuwarten.

Das italienische Experiment strebt erklärtermaßen nach entgegengesetzter Richtung: gegen Kommunismus und Sozialismus zum Schutz der Eigentumsordnung. Aber ich habe den Eindruck, als ob auch hier unbewußt und ungewollt marxistische Ideen wirksam gewesen sind. Das italienische Gesetz vom 3. April 1926 bedeutet im Grunde genommen eine Zwangsorganisation aller Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Zwar braucht nicht jeder Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Organisation beizutreten, aber die staatlich anerkannten Organisationen vertreten alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer des Berufs und des Bezirks, für den sie errichtet sind. Die Tarifverträge, die nur sie abschließen können, sind für alle von ihnen vertretenen Berufsangehörigen gültig. Die Leiter der Vereinigungen müssen die Gewähr nationaler Zuverlässigkeit bieten. Es scheint also eine Art umgekehrten Bolschewismus' zu sein. Die Arbeitsgerichte entscheiden nach Billigkeit unter gerechter Abwägung der Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, in jedem Falle aber unter Wahrung des höheren Interesses der Produktion. Streiks und Aussperrungen sind unter schweren Strafandrohungen verboten. Die Korporationen stehen unter scharfer Kontrolle des Staates, der in weitem Maße ihre Beschlüsse abändern kann.

Bekannt ist die Arbeitspflicht der Arbeitslosen, besonders der Jugendlichen in Italien.

Auch der Ausgang dieses Experimentes läßt sich noch nicht beurteilen. Jedenfalls sind in Rußland und Italien neue Wege auf dem Gebiete des Arbeitsrechts beschritten worden. Der Umstand, daß derartiges auf dem Boden der allgemeinen Industrialisierung auch nur als ernster Versuch möglich ist, mahnt zur Vorsicht hinsichtlich der Voraussage der künftigen Entwicklung auch bei uns. Auch bei uns ist die Entwicklung keine gradlinige. Sie hat sich in den letzten fünfzig Jahren im Sinne einer stärkeren Betonung des Sozialismus und der Staatswirtschaft entwickelt, und diese Entwicklung hat anscheinend im Kriege ihren Höhepunkt erreicht. Nachher kamen noch einige Ausstrahlungen: Die Tarifverordnung vom 23. Dezember 1918, die einige Punkte des Tarifrechts im Sinne oftmals und seit Jahren ausgesprochener Wünsche regelte, das Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920, nicht klar in seinen Hauptzielen, der Mitwirkung der Arbeiterschaft beim Produktionsprozeß, wirksam eigentlich nur als Fortsetzung der bereits in der Gewerbeordnung vorgesehenen Arbeiterausschüsse als Vertretungen der Arbeiter bei der Wahrnehmung ihrer Rechte aus dem Arbeitsvertrage, die Arbeitszeitverordnung vom 21. Dezember 1921, eine übrigens gleichfalls ein wenig reaktionäre Zusammenfassung der zur Durchführung des Achtstundentages in der Revolution erlassenen Verordnungen ⁷⁾.

Ich glaube deshalb die Vorsicht bei der Voraussage der künftigen Entwicklung auch in Deutschland walten lassen zu sollen. Dieselbe Mahnung entnehme ich aus der Arbeitspolitik des Völkerbundes. Über den Versailler Vertrag, dessen Bestimmungen offensichtlich wesentlich dem Zweck einer Beruhigung der eigenen Bevölkerung der Entente und der gegnerischen Arbeiterschaft dienten, ist man wesentlich noch nicht hinausgekommen. In allen europäischen Staaten hebt der Kapitalismus sein Haupt, und der Staat, der in der praktischen Sozialpolitik führend war, Deutschland, wird niedergehalten. Fortschritte werden hauptsächlich nur auf dem Gebiete der internationalen arbeitsrechtlichen Aussprachen gemacht. Es fehlt noch an der tatkräftigen allgemeinen Förderung der friedlichen Wirtschaft durch Einschränkung der wirtschaftsfeindlichen Rüstungen, Absperrungen und militärischen Sicherungen.

⁷⁾ Vgl. Kommentar v. Wölbling-Riese, Berlin 1924. Eine Neuregelung ist in dem Entwurf eines Arbeitsschutzgesetzes geplant s. 37 Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt.

In dieser Atmosphäre ist Deutschland an die Durchführung der Grundsätze seiner Verfassung herangetreten. Außer den erwähnten Gesetzen, der Verordnung über Tarifverträge, dem Betriebsrätegesetz⁸⁾, der Zeitverordnung⁹⁾ kommt namentlich das Arbeitsnachweisgesetz¹⁰⁾ und die damit zusammenhängende Erwerbslosenfürsorge sowie die Fürsorge der in ihrem Erwerbe beschränkten Schwerbeschädigten¹¹⁾, hauptsächlich Kriegsbeschädigten, in Frage¹²⁾. Schließlich das Arbeitsgerichtsgesetz vom 23. 12. 1926.

Für die Vorbereitung der Gesamtregelung des Arbeitsrechts in einem einheitlichen Gesetzbuche wurde im Jahre 1919 ein aus Wissenschaftlern und Praktikern aller Richtungen unter Zuziehung von Vertretern der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zusammengesetzter Arbeitsrechtsausschuß eingesetzt, der eine ganze Reihe von Gesetzentwürfen geschaffen hat: Die Entwürfe eines Arbeitsgerichtsgesetzes, einer Schlichtungsordnung, eines Arbeitstarifgesetzes, eines Arbeitsschutzgesetzes, eines Hausgehilfen-, Hausarbeiter-, eines Bergarbeitergesetzes. Schließlich wohl das wichtigste und grundlegende Gesetz zur Regelung des allgemeinen Arbeitsvertrages.

Nicht nur die Arbeitgeber, sondern bis zu einem gewissen Grade auch die Arbeitnehmer denken kapitalistisch. Dabei muß man unterscheiden zwischen einer kleinlichen, egoistischen und engherzigen kapitalistischen Denkweise und einer großzügigen, hochherzigen altruistischen Denkweise, wie sie die Reichsverfassung von dem Eigentümer erwartet, daß das Eigentum verpflichte und daß sein Gebrauch Dienst für das gemeine Beste sein solle. In diesem Sinne ist das Eigentum eine soziale Einrichtung, und es ist nicht ersichtlich, wie eine lediglich obrigkeitliche Verwaltung der Lebensgüter ihre bessere Verwendung zum gemeinen Nutzen, d. h. im Interesse einer größeren Zahl von Individuen — auf die Erhaltung der Individuen kommt es doch immer heraus — gewährleisten soll. In der Natur des Menschen wie wohl aller lebenden Wesen liegt es, daß ihre Art gemeinsam nach einem ihr gesteckten Ziel hinarbeitet und trotz der individuellen Sonderexistenz der einzelnen Wesen hinstreben muß.

⁸⁾ Wölbling-Schultz-Sell: Betriebsrätegesetz 1926.

⁹⁾ Wölbling-Riese: Arbeitszeitverordnung, Berlin 1924.

¹⁰⁾ Kommentar z. Arbeitsnachweisgesetz v. Wölbling, Stuttgart 1921.

¹¹⁾ Mebes, Schwerbeschädigtengesetz, Berlin 1925.

¹²⁾ Entwurf des Arbeitslosenversicherungsgesetzes liegt dem Reichstag bereits vor. Entwurf des Arbeitsschutzgesetzes s. 37 Sonderheft des Reichsarbeitsblattes.

Dieses gemeinsame Streben kann durch keine Rechtsordnung beseitigt werden und ist auch noch niemals beseitigt worden. Liegt sonach kein dringendes Bedürfnis vor, gegenwärtig die Grundlagen unseres Privatrechts umzustößen, so haben die Erfahrungen erwiesen, daß es an klar durchdachten, brauchbaren, neuen Grundlagen für die Regelung einer von den Grundsätzen unseres Privatrechts abweichenden Güterverteilung fehlt. Das haben unsere Erfahrungen mit der Zwangswirtschaft und der russische Versuch einer Beseitigung des Privateigentums und Erbrechts erwiesen. Ich habe mich von der Unmöglichkeit auch bei den theoretischen und praktischen Versuchen überzeugt, die ich im Arbeitsrechtsausschuß und bei den gesetzgeberischen und anderen organisatorischen Bestrebungen im Bereich der Arbeitsverwaltung gemacht habe. Es handelte sich dabei immer nur um kleinere Teilgebiete und um Einzelfragen. Ich denke zunächst an einzelne Fragen der öffentlichen Regelung der Arbeitsvermittlung, den Benutzungszwang der Arbeitsnachweise, den Nummerzwang, d. h. die Verpflichtung der Arbeitgeber, den am längsten arbeitslosen Arbeiter einzustellen, die Beseitigung der gewerbsmäßigen Stellenvermittlung, die Berufsberatung.

Alles das sind Teilsozialisierungen, die aber selbst in der Zeit unmittelbar nach der Revolution mißlingen, als das Arbeitnehmerinteresse noch als das einzig berechtigte galt. Diese Teilsozialisierungen, an denen ich eifrig mitgewirkt habe — sind nicht gelungen. Das ungeheure Maß von Mühe und Scharfsinn, das auf die Regelung des Arbeitstarifrechts verwendet wurde, hat immer noch nicht zu einem genügend durchgearbeiteten Tarifgesetz geführt. Ich erinnere an die Schwierigkeit der Urlaubsfrage, des Mitwirkungsrechts der Betriebsräte, des Entlassungsschutzes, um nur einzelne Punkte herauszugreifen.

Es wäre trotz dieser unerfreulichen Erfahrung vermessen zu sagen, eine anderweite Regelung der Güter- und Arbeitsverteilung als die in unserem geltenden Recht vorgesehene sei unmöglich. Aber für die praktische Gesetzesarbeit kann sie auf absehbare Zeit nicht in Frage kommen. Es bedarf hierzu einer noch gründlicheren Feststellung der von Natur wirksamen Ursachen unseres Wirtschaftslebens, einer rechtsphilosophischen Durcharbeitung eines neuen Rechtssystems und der Einstellung des Denkens der großen Masse auf die Durchführung derartiger neuer Ideen. Anders kann ich mir die Durchführung eines von unserem Rechtssystem wesentlich abweichenden neuen Arbeitsrechts und

die Beseitigung der in den Grundzügen doch Jahrtausende alten Wirtschaftsordnung nicht denken.

Die Aufstellung eines phantastischen neuen Systems würde uns der Neuregelung unseres Arbeitsrechts nicht näher bringen, sondern ein Fehlschlag trüge die Gefahr einer Reaktion von einem solchen Ausmaße in sich, wie sie vielleicht niemand, selbst kein noch so fanatischer Anhänger der alten Zeit will.

Praktisch vorwärts können wir darum nur bei einer weisen Selbstbeschränkung kommen.

V.

Die Ausarbeitung eines neuen Arbeitsrechts ist gleichwohl eine lohnende und aussichtsreiche Aufgabe, denn trotz des Auseinanderklaffens der wirtschaftlichen und rechtspolitischen Auffassungen gibt es eine ganze Reihe von Punkten, über die man sich verständigen kann. Das hat deutlich die Arbeit im Arbeitsrechtsausschuß gezeigt.

1. Zunächst ist wohl die Erkenntnis, daß dem Arbeitsrecht eine größere Bedeutung beigelegt werden muß, als dies bisher geschah, Gemeingut aller Juristen und Praktiker geworden, die sich ernstlich mit dieser Frage beschäftigen. Der Weg bis zu diesem Ziel war kein kurzer oder leichter.

Da stand zunächst die lähmende Frage des Zweifels im Wege, ob unsere Zeit überhaupt reif zur Gesetzgebung sei. Der Wust unübersehbaren neuen Gesetzgebungsmaterials, die Verständnislosigkeit weiter Kreise dafür, wie lebendiges neues Recht geschaffen werden kann, dessen Durchführung möglich ist, kam den Zweiflern zu Hilfe. Nun aber finden die Vorbereitungen der Entwürfe für große Gebiete des neuen Arbeitsrechts ernsthafte Würdigung, und der pessimistische Standpunkt, daß jede Neuerung auf dem Gebiete des Arbeitsrechts nur die Produktion noch mehr erschwere, kann sich nicht mehr durchsetzen. Die Gründe unserer wirtschaftlichen Hemmungen sind ganz überwiegend nicht gesetzgeberische, sondern andere zum größten Teil außenpolitische, was natürlich nicht ausschließt, daß einzelne arbeitsrechtliche Gesetze verfehlt gewesen sind.

2. Auch über die Zersplitterung des Arbeitsrechts besteht wohl Einmütigkeit, und das gilt auch von den zur Anwendung des Arbeitsrechts berufenen Behörden. Bis zu einem gewissen Grade kommen hier alle Behörden in Frage. Daher ist die Frage

der allgemeinen Verwaltungsreform¹³⁾, die in erster Linie auf Verminderung und Vereinheitlichung der Behörden geht, auch für die Weiterentwicklung des Arbeitsrechts von Bedeutung.

Ich möchte dabei besonders auf einen Punkt hinweisen: Durch unsere ganze Verwaltung — das Wort im weitesten Sinne gedacht —, also auch durch die Justizverwaltung, geht ein ganz überflüssiger Dualismus von staatlichen und kommunalen (d. h. mittelbar staatlichen) Behörden. Sollte es nicht genügen, daß ein und dasselbe Gebiet entweder vom Staat oder von der Kommune bearbeitet wird, so daß z. B. die örtliche Verwaltung ausschließlich den Gemeinden überlassen bliebe, natürlich unter der Aufsicht der souveränen Leitung des Staates? Leider besteht immer noch die Neigung, neue Behörden zu schaffen, und zwar gerade auf dem Gebiete des Arbeitsrechts, und wir erleben es gerade hier, daß neben die staatlichen und die kommunalen Behörden noch eine dritte Gruppe von Behörden in Gestalt von paritätischen Selbstverwaltungskörpern gestellt wird. Die arbeitsrechtlichen Belange brauchen nicht völlig von den anderen Behörden getrennt zu werden. So wichtig die Arbeit als solche ist, so ist sie doch immer nur eine Seite der wirtschaftlichen und sonstigen Lebensvorgänge, die von dem Ergebnis der Arbeit nicht getrennt werden kann¹⁴⁾. Im Interesse des Arbeitsrechts genügt es, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der nun einmal volkstümlich gewordenen Form bei der Verwaltung und Rechtsprechung mitwirken, ohne daß die arbeitsrechtliche Betätigung von der sonstigen Verwaltung getrennt wird. Nehmen wir die spezifischen Fragen der Arbeit aus den Behörden heraus, so bleibt nur ein unvollständiger Torso zurück, ebenso wie die Beschränkung einer Behörde auf die allgemeinen Fragen der Arbeit zu einem öden wesenlosen Schematismus führt. Wie kann ein Arbeitsnachweis auch funktionieren, wenn er nicht im engen Konnex mit der allgemeinen wirtschaftlichen Betätigung z. B. der Gemeinde steht, besonders wenn er sich auch mit der Arbeitsbeschaffung, d. h. der Durchführung wirtschaftlicher Umstellungen zwecks Beschäftigung Arbeitsloser befassen soll? Was ist die Berufsberatung ohne die Schule, was die Invaliden- und Kranken-

¹³⁾ Vgl. m. Bericht Die preuß. Verwaltungsreform, Berlin 1914, Franz Vahlen, die Einleitung zu meinem Kommentar für Preuß. Gesetz zur Vereinfachung der Verwaltung, Stuttgart 1918, J. Heß, ferner Recht und Wirtschaft III, 186 ff., IV, 152 ff.

¹⁴⁾ Bannbach, Wille u. Weg, II, 323 ff.

versicherung ohne die kommunale Gesundheits- und Armenverwaltung?

Nun könnte man in Konsequenz dieser Zusammenhänge ein besonderes Arbeitsgesetz für überflüssig erklären und das gesamte Recht so umgestalten, daß damit auch den Belangen der Arbeit genügt wird, ist das Arbeitsrecht gegenwärtig doch zum großen Teil in anderen Gesetzen enthalten, dem Bürgerlichen Gesetzbuch, dem Handelsgesetzbuch, der Gewerbe- und Seemannsordnung, den Berggesetzen usw. Es ist aber praktisch unmöglich, diese Konsequenz zu ziehen, die schließlich zur Forderung eines einzigen Allgemeinen Gesetzbuches nach Art des Corpus juris oder des Allgemeinen Landrechts führen würde. Ein solches Ziel in absehbarer Zeit zu erreichen ist unmöglich, während die Ausarbeitung der vorliegenden arbeitsrechtlichen Gesetzentwürfe den Beweis geliefert hat, daß ein Codex des Arbeitsrechts erreichbar ist. Die Zusammenfassung wäre bei der Zersplitterung des sonstigen Rechts nicht zu erreichen, wenn man das Arbeitsrecht — nicht durchgängig die Arbeitsverwaltung — nicht von den Materien löst, mit denen es jetzt verknüpft ist.

3. Ganz unabhängig davon, ob die sozialen Arbeitsbehörden ein selbständiges Leben führen oder ob sie anderen Behörden eingegliedert werden sollen, ist die Frage, welche Kräfte entscheidend in Arbeitsfragen wirksam sein sollen, und da kann die Antwort nur lauten: daß die Interessenten in möglichst weitem Maße zur Selbstverwaltung herangezogen werden müssen. Bei dem starken Gegensatz von Arbeitgebern und Arbeitnehmern ist die Durchführung dieser Selbstverwaltung wieder nicht anders denkbar, wie in paritätischer Form, d. h. unter Heranziehung von Vertretern beider Gruppen in gleicher Zahl, und da darin wieder die Gefahr der gegenseitigen Lahmlegung der beiden Kräfte liegt — eine Erfahrung, die schließlich immer bei rein paritätischer Verwaltung gemacht wurde — so muß ein staatliches, auch kommunales, unparteiisches Organ den Ausschlag geben. Dieses Prinzip ist für alle arbeitsrechtliche Verwaltung und Entscheidung Regel geworden und muß daher weiter ausgebaut werden. Die Konsequenzen dieses Systems werden meist noch nicht vollständig erkannt. Sie führen zur Preisgabe von Anschauungen und Grundsätzen, die man bisher für allein richtig und allein neuzeitliche und unparteiische Verwaltung gewährleistend gehalten hat.

Die paritätische Form der Arbeitsverwaltung setzt aber, wenn sie nicht zur Farce werden soll, eine gründliche Vereinfachung des zu bearbeitenden Rechtsstoffes voraus. Die paritätischen Beisitzer werden niemals Juristen werden. Sie müssen als Rüst-

zeug ein handliches, klar und volkstümlich geformtes Gesetzbuch des Arbeitsrechts bekommen, sonst wird aus der paritätischen Verwaltung die schlimmste bureaukratische Willkür, für welche die Beisitzer eine willkommene Deckung darstellen, ein System, welches sich das deutsche Volk auf lange Dauer nicht gefallen lassen würde, zumal es mit einer starken, heute schon an der Grenze der Leistungsfähigkeit angelangten Belastung der Bürgerschaft verbunden sein würde.

So sehr also das Arbeitsrecht mit dem allgemeinen bürgerlichen und öffentlichen Recht verwachsen ist und verwachsen sein muß, so notwendig ist doch zur Zeit ein Allgemeines Arbeitsgesetzbuch. Tiefgreifende Abweichungen von den Grundsätzen des heute geltenden allgemeinen Rechts sind nicht möglich, ohne daß gleichzeitig oder vielmehr noch vorher die Grundsätze unseres allgemeinen Rechts in entsprechender Weise umgewandelt sind, woran heute ernstlich kein Mensch denkt.

4. Über einen der wichtigsten Punkte muß eine Einigung erzielt werden. Es ist das zugleich vielleicht der schwierigste: Was ist Arbeit? Die Antwort fällt verschieden aus, je nachdem man den naturwissenschaftlichen, den wirtschaftlichen, den politischen oder den juristischen Begriff ins Auge faßt. In der Praxis der Behörden hat man sich über die Begriffsbestimmung bisher nicht allzuviel den Kopf zerbrochen, und deshalb hört man häufig: Es geht auch ohne eine solche Begriffsbestimmung. Ich will es dahingestellt sein lassen, ob das Gesetz diese Begriffsbestimmung bringen muß. Der Arbeitsrechtsausschuß hat geglaubt, den Begriff der jeweiligen wirtschaftlichen Anschauung überlassen zu können. Die Wissenschaft kann aber an dieser Fundamentalfolge nicht stillschweigend vorübergehen. Sie tut es auch nicht. Schon Lotmar hat in seinem großen Werk über den Arbeitsvertrag den Versuch einer Begriffsbestimmung der Arbeit gemacht. Neuerdings haben Lutz Richter und Molitor sich eingehend damit beschäftigt. Bei der ungeheuren Bedeutung, welche der Frage der Arbeit heut im Leben der Völker beigemessen wird, ist es gerade in erster Linie Aufgabe unserer Vereinigung, die Lösung dieser Frage zu betreiben ¹⁵⁾.

¹⁵⁾ Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages. Leipzig-Erlangen 1925. — Lutz Richter, Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, 1923. — Vgl. auch Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht, I. Teil, München, Leipzig, Berlin.

Mein Vortrag soll in dieser Beziehung wie in anderen Punkten nur anregend wirken, da diese Einzelfrage allein den Rahmen meines Vortrages überschreiten würde.

Schon der naturwissenschaftliche Begriff der Arbeit ist äußerst umstritten. Wollte man jede menschliche Tätigkeit, die zur Überwindung eines Widerstandes Kraft anwendet, als Arbeit bezeichnen, so würde man damit weder den Anschauungen der Wirtschaft und des Verkehrs, noch denen des Rechtslebens gerecht werden. Sehr mit Recht weist Molitor besonders auf die Schwierigkeit des Begriffs der geistigen¹⁰⁾ Arbeit hin. Ist nicht die geistige Tätigkeit eine Lebensäußerung, die zu unterdrücken mindestens denselben Kraftaufwand erfordert wie ihre Ausübung, die sich oft und gerade bei den höchsten Leistungen ebenso unmerklich, vielleicht noch unbewußter vollzieht als das Atmen, das Essen und Trinken, Körperbewegungen, die bisweilen auch willkürliche, bestimmten Zwecken dienende und als Arbeit zu bezeichnende sind? Auf der andern Seite kann im Rechtssinne auch eine bloße Unterlassung Arbeit sein, eine bloße Anwesenheit, z. B. das Bewachen einer Wohnung, wo man selbst von einer Gegenwirkung gegen ein natürliches Verhalten nicht reden kann.

Man klagt vielfach darüber, daß der geistige Arbeiter im heutigen Arbeitsrecht und in der heutigen Arbeitspolitik zurückgesetzt wird. Das liegt wesentlich auch an dem Fehlen einer klaren Begriffsbestimmung der Arbeit.

Der Vollständigkeit halber will ich noch darauf hinweisen, daß man im politischen Sinne Arbeiter und Arbeitsvertragskontrahent nicht gleichsetzen kann. Der sogenannte Arbeitslose, d. h. ein Mensch, der seinen Unterhalt gewöhnlich aus einem Arbeitsvertrag zu ziehen pflegt, nun aber wegen des Rückganges des Wirtschaftslebens dazu nicht in der Lage ist, ferner der Handwerker und Kaufmann, der ohne Gehilfen arbeitet, sie alle gelten in der Politik als Arbeiter, und was die zuletzt genannten beiden Gruppen anbetrifft, so leisten sie im wirtschaftlichen Sinne unzweifelhaft Arbeit, wie dies übrigens auch bei den Parteien vieler Verträge nicht der Fall ist, welche unstreitig selbst bei Zugrundelegung des sehr weit ausgreifenden Lotmarschen Begriffs des Arbeitsvertrages nicht zu den Arbeitsverträgen rechnen. Auf der anderen Seite besteht eine Abneigung dagegen, leitende Arbeitnehmer zu den Arbeitnehmern zu zählen.

¹⁰⁾ Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages. Leipzig-Erlangen 1925.

Unter diesen Umständen halte ich das meist geübte Verfahren, dem Arbeitsrecht eine möglichst weite Ausdehnung zu geben, für bedenklich. Der deutsche Arbeitsrechtsausschuß hat dies erfreulicherweise berücksichtigt. Viele Menschen, die sich ihr tägliches Brot durch literarische, wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit bisweilen schwerer, entsagungsvoller und kärglicher außerhalb eines Arbeitsvertrages verdienen als Handarbeiter, blicken vielleicht mit Neid auf die vertraglichen Arbeitnehmer, denen ein ausgedehntes Arbeiterschutrecht und soziale Versicherungen zur Seite stehen. Ihr Verhältnis zu den wirtschaftlichen, kapitalistischen Unternehmen ähnelt vielfach dem eines Arbeitnehmers auf Grund eines Arbeitsvertrages, und das hat Potthoff bewogen, hier von „verlagsmäßigen“ oder „verlegten“ Heimwerkern zu sprechen und sie den Arbeitnehmern gleichzustellen. Juristisch nehmen aber die Autoren gegenüber dem Verleger, wenn man diesen Vergleich überhaupt anwenden will, die Stellung eines Arbeitgebers ein, die, wie man daraus ersieht, keineswegs immer vorteilhaft ist. Nicht selten tragen die von solchen Personen abgeschlossenen Verträge nur fälschlich den Namen „Verlagsvertrag“ oder „Werkvertrag“, während sie tatsächlich „Dienstvertrag“, „Arbeitsvertrag“ sind, bei dem der Autor oder Künstler nicht nur wirtschaftlich, sondern auch persönlich abhängiger Arbeitnehmer ist. Die Rechtsprechung hat sich dieser Verträge leider noch nicht mit genügender Gründlichkeit und Sachkunde angenommen. Wenn sie das tut, brauchen wir den Begriff „des verlagsmäßigen Heimwerkers“ nicht, dem übrigens der geistige Betriebsarbeiter gleichstehen würde. Hier kann eine Rechtsprechung helfen, die die als Verlagsverträge bezeichneten, verschleierten Arbeitsverträge bekämpft, oder eine besondere Fürsorge für Künstler und Gelehrte. Ich vermeide absichtlich den Ausdruck „geistige Arbeiter“. Nebenbei gesagt, Hebung des Kulturniveaus unter Bekämpfung von Halbbildung, darin liegt die Hilfe für Kunst und Wissenschaft, nicht in der Verbesserung des Arbeitsrechts, so sehr diese das dringende Gebot unserer Zeit ist im Interesse der großen Masse des Volkes einschließlich der Unternehmer. Ein Blick auf das große Werk von Lotmar, das aber keinesfalls alles umfaßt, was man in naturwissenschaftlichem Sinne als Arbeit bezeichnen kann, beweist, daß man ein Arbeitsgesetzbuch, das alle diese Dinge umfaßt, nicht schaffen kann. Es fehlte auch an der notwendigen, einheitlich gerichteten politischen Masse, die sich für ein solches Streben einsetzen würde. Selbst bei einer starken Einschränkung des Arbeits- und Arbeitsvertragsbegriffs werden

große Gruppen, wie z. B. die leitenden Angestellten, die erst vor wenigen Wochen ihre Sonderwünsche geäußert haben, auch die wissenschaftlich und künstlerisch gebildeten Angestellten die Einheitlichkeit des Vorgehens ebenso stören wie ihre Einschließung von seiten der übrigen Arbeitnehmer vielfach abgelehnt wird und in neueren Gesetzen z. T. bereits versagt worden ist. Man mag es der Zukunft überlassen, je nach Bedarf, dem Arbeitsrecht einen erweiterten Wirkungskreis zu geben.

Nicht von gleicher Bedeutung, aber doch unbedingt erforderlich ist eine Festlegung des Begriffs von Einrichtungen, die bestimmt sind, Objekt oder Subjekt des Arbeitsrechts zu werden, z. B. Berufsvereine, wirtschaftliche Vereinigungen, Betriebe und Vertreter der Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Wir haben aus der auswärtigen Gesetzgebung die Neigung entnehmen können, alle möglichen Probleme auf dem Gebiete des Arbeitsrechts herbeizuzerren, obgleich bereits die in die Praxis seit Jahren übergeführten Institutionen überreichlich Stoff für die juristische Konstruktion geben. Ich erinnere an die moderne Form der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses, die Arbeits- und Stellenvermittlung, die Kollektivverträge in der Form der Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen (Arbeitsordnungen), den Arbeiterschutz, die Regelung der Akkord- und Gruppenarbeit, die Naturalvergütung, insbesondere in Gestalt der Gewährung von Wohnung und Landnutzung, die Arbeiterwohlfahrtseinrichtungen, Pensions- und Unterstützungskassen, die Urlaubsfragen, Konkurrenzklause, die Lehr- und Volontärverträge, das Schlichtungs-, Schiedsgerichts- und öffentliche Arbeitsgerichtswesen, die Arbeitsverwaltung durch Wirtschaftsräte, Arbeits- oder Arbeiterkammer, die Arbeit der Kinder, Jugendlichen und Frauen, die Arbeitervvertretung in den Betrieben und ihre Mitwirkung am Gütererzeugungsprozeß. Alles das sind Probleme von größtem Ausmaß, deren Regelung die Gemüter aufs tiefste bewegt und von denen die Existenz der Bevölkerung und die ihre Existenz bedingende Gütererzeugung abhängt. Die Regelung dieser Fragen ist eine nur unter größter Anspannung aller dazu berufenen Kräfte zu bewältigende Aufgabe.

Die umfangreiche Rechtsprechung, besonders der Arbeitsgerichte auf arbeitsrechtlichem Gebiete, auch der freilich bisweilen ohne zwingende Not die geltenden Rechtsformen außer acht lassenden Entscheidungen des Reichsversicherungsamtes bilden eine Vorarbeit von großem Wert, die nur systematisch bearbeitet zu werden braucht, um wenigstens in rohen Umrissen

ein Arbeitsgesetzbuch, besonders auf dem Gebiete des Arbeits- und Tarifvertrages zu liefern.

Dazu kommen zahlreiche gesetzgeberische, zum Teil in Paragraphen gefaßte Vorschläge einzelner Personen, ferner die bereits erlassenen neuen Teilgesetze und die ausgearbeiteten amtlichen und halbamtlichen Gesetzentwürfe, namentlich die Entwürfe des Arbeitsrechtsausschusses.

Es ist kein Mangel an Stoff und Vorarbeit, sondern eine übermäßige Fülle, die vielleicht die Erwägung nahelegt, ob man nicht, um überhaupt zu einem Ziel zu gelangen, zunächst nach dem französischen Vorbilde verfahren und lediglich eine Kodifikation des bereits geltenden Arbeitsrechts vornehmen sollte. Das wäre jedenfalls ein Werk gewesen, welches der Gesetzgeber in der Zeit nach dem Kriege längst hätte liefern können. Es wäre in 1 bis 2 Jahren zu bewältigen gewesen und brauchte die Fortbildung von Teilgebieten durch einzelne neue Gesetze nicht aufzuhalten. Noch jetzt wäre die Frage zu erwägen, und der Reichstag würde sich ein Verdienst erwerben, wenn er kurzerhand die Vorlage eines derartigen Arbeitsgesetzbuches von der Regierung fordern würde. Die Parteien müßten sich entschließen, zunächst alle Sonderwünsche, wenigstens für dieses Gesetzgebungswerk, zurückzustellen und auch die nochmalige gesetzliche Festlegung von solchen Bestimmungen zulassen, die sie gern als überholt ansehen und durch neue ersetzt wünschen möchten. Das Opfer wäre im Interesse des ganzen Werkes kein zu großes; man sollte bedenken, daß unser geltendes Recht noch mancherlei sozialfortschrittliche Bestimmungen enthält, die noch nicht allgemein in der Praxis durchgeführt sind, z. B. die Lohnsicherungsbestimmungen, Aufgaben der Betriebsräte, die restlose Durchführung der Tarifverträge, die namentlich durch eine gewisse Unbeholfenheit der Gerichte gegenüber dem Verzicht auf tarifliche Ansprüche zu leiden hat, die Arbeitszeitbestimmungen und anderes mehr.

Ich will zu allen diesen Fragen kein Werturteil abgeben, denn das soll ja bei der Kodifikation in dem von mir angeregten Sinne auch nicht stattfinden. Eine Frage wird bei dieser Art der Kodifikation sicher manchen Staub aufwirbeln, nämlich die, wieweit hat die Reichsverfassung das bis dahin geltende deutsche Arbeitsrecht abgeändert¹⁷⁾?

Kommen wir nun wieder zurück zu der neuen schaffenden Kodifikation, die natürlich nicht aus dem Auge ver-

¹⁷⁾ Bendix i. d. Zeitschrift „Arbeitsrecht“ XIII, 258.

loren werden soll und die durch die zuletzt erörterte Kodifikation des heute geltenden Rechts nicht um eine Stunde aufgehalten zu werden braucht, so soll das Privatrecht dadurch nicht beeinträchtigt werden. Das heißt natürlich nicht, daß Abänderungen des Privatrechts unterbleiben müssen, im Gegenteil, das ist ja gerade die Aufgabe des neuen Arbeitsrechts: Es soll nicht nur Klarheit in Rechtsfragen geschaffen werden, sondern es soll eine Vereinfachung, Vereinheitlichung, soziale und wirtschaftsfortschrittliche Fortsetzung des Arbeitsrechts vorgenommen werden, möglichst in der Weise, daß man die Zustimmung der beiderseitigen Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erlangen sucht, ohne daß die Regierung die Initiative aus der Hand zu geben braucht, sondern daß sie alle Mittel anwendet, um ihre Ansicht bei den Spitzenorganisationen durchzusetzen, und wenn es sich um eine wirkliche Neuerung handelt, sie unter Umständen auch gegen diese Organisationen beim Reichstag durchzusetzen.

Unser Privatrecht ist im allgemeinen dispositiver Natur, und so sollte es auch bleiben. Erst dadurch erlangen die Verbände die Freiheit der Fortbildung des Arbeitsrechts in dem Sinne, den sie aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen für notwendig halten. Eine wichtige Frage wird die Regelung der Autonomie der Verbände und der Tarifgemeinschaften sein. Eine schrankenlose Autonomie ist ebenso wenig denkbar wie die Verleihung der Autonomie an jeden wirtschaftlichen Verband und an jede Tarifgemeinschaft. Für so wertvoll die Tarifgemeinschaften sich im allgemeinen für die Ausbildung des Arbeiterschutzes erwiesen haben, so hoch sie deshalb von den Arbeitnehmern geschätzt werden, so bilden sie doch keinen stets sicheren Schutz. Zunächst deshalb nicht, weil wir immer in einzelnen Gewerben und zu gewissen Zeiten mit dem Fehlen von Tarifverträgen rechnen müssen. Dann kann der Tarifvertrag aber auch ein Mittel zur Lahmlegung oder wenigstens Eindämmung einer sozial erwünschten Arbeiterbewegung werden. In solchem Falle bedarf es eines staatlich festgelegten, wenigstens in den wichtigsten Punkten zwingenden staatlichen Schutzrechts.

In Zeiten des wirtschaftlichen Niederganges könnten wir es leicht erleben, daß die Arbeitnehmerorganisationen sich genötigt sehen würden, auf soziale Schutzbestimmungen zu verzichten, um nur Beschäftigung für ihre Mitglieder zu erlangen.

Freilich wäre es ja denkbar, daß auch die Regierung und die

Gesetzgebung sich unter Umständen zu einem Nachgeben in dieser Richtung bewogen fühlen könnten. Diese Gefahr liegt doch aber reichlich fern. Jedenfalls würde ein Schutzgesetz immer mehr Garantie gegen übereilte Preisgabe sozialfortschrittlicher Bestimmungen bilden, als ein Tarifvertrag.

Darum wäre es auch ganz verfehlt, die Bedeutung des Arbeitsvertragsrechts zu unterschätzen oder es an Wert dem Tarifgesetz hintanzustellen. Das Tarifgesetz setzt das Arbeitsvertragsrecht voraus, denn der Tarifvertrag ist nur eine Ergänzung des Arbeitsvertrages, und wie die Erfahrung lehrt, sind die Ergänzungen oft recht dürftige. Der wichtigste Inhalt des Arbeitsvertrages wird auch heut noch dem Gesetz und dem Einzelvertrag entnommen. Diese wichtigsten und wesentlichen Bestimmungen werden darum oft nicht als solche erkannt, weil sie nicht der Gegenstand allgemeiner in der Öffentlichkeit erörterter Kämpfe bilden, sondern als selbstverständlich hingenommen werden. Selbstverständlich sind sie aber nur, weil sie im geltenden Recht, namentlich in den Gesetzen niedergelegt sind.

Die Verbände zurückzudrängen und kraftlos zu machen hat gar keinen Sinn. Der Zusammenschluß großer Menschenmassen ist der höchste Ausdruck politischen Könnens, es ist ein Kunstwerk, das nur dann schädlich wirkt, wenn agitatorische Scheingebilde in ihrer Kraft und ihrer Bedeutung überschätzt werden, während sie staatliche Hilfe beanspruchen, schon an sich ein Beweis ihrer mangelnden Existenzberechtigung. Was sich aber kraftvoll durch längere Zeit ohne künstliche Förderung von oben erhält, das enthält Lebenskeime, die man an der Entwicklung nicht hindern soll. Das gilt von den modernen wirtschaftlichen Verbänden, denen der gebührende Platz im Staate nicht versagt werden darf.

Der Zweck des Arbeitsrechts ist die Ermöglichung der Arbeit im Getriebe des Staates und Volkes, und Zweck der Arbeit ist, zwar nicht einzig und allein, aber doch nicht an letzter Stelle die Gütererzeugung, außerdem aber auch die Kultur, Kunst, Wissenschaft und anderes mehr. Wenn man diesen letzteren Zweck vielleicht als Selbstzweck ansehen kann, so ist die Gütererzeugung niemals Selbstzweck, sondern sie dient der Erhaltung der Menschheit, und wenn auch der Wert des einzelnen Menschen für die Welt und die Menschheit ein verschiedener ist, so erkennen wir doch jedem Menschen und jedem unserer Mitbürger das Recht zum Leben und, soweit er sich würdig beträgt, zu einem menschenwürdigen Dasein zu.

Jeder einzelne Mensch ist verpflichtet, an der Arbeit für dieses Ziel der Gesamtheit mitzuwirken, das gilt vom Arbeiter wie vom Unternehmer. Es ist nicht möglich, von Staats wegen in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob und wie weit die Bürger ihrer Pflicht nachleben. Er kann nur die allerschwersten Verstöße rügen und einer Ausbreitung der Pflichtvergessenheit entgegenwirken. Nicht anerkannt werden kann aber, daß alle Tätigkeit der Gütererzeugung dienen müsse, auch nicht in dem Sinne, daß ja die Güter für das Leben der Menschen bestimmt sind. Bei manchen Gütern ist das nicht der Fall, sie sind zum Teil überflüssig, zum Teil schädlich für den Menschen. Trotzdem kann man ihre Erzeugung nicht immer unterbinden. Oft wird die Schädlichkeit erst zu spät erkannt, nachdem man früher in bester Meinung ihre Erzeugung gefördert hat, z. B. des zum Genuß bestimmten Alkohols. Arbeitgeber und Arbeitnehmer und alle anderen Bürger, die sich menschenwürdig betragen, haben ein gleiches Recht auf Existenz, und man kann nicht jedem Arbeitgeber zumuten, daß er Arbeitnehmer werden soll. Damit ist der Menschheit nicht gedient, im Gegenteil, das kann für die Menschheit manchmal sehr nachträglich werden, siehe Rußland und auch die jüngste Bekanntmachung des deutschen Arbeitsministers, die denen, die nicht auf die Arbeit als Lebensunterhalt angewiesen sind, nahelegt, den andern nicht unnützerweise die Arbeitsstellen wegzunehmen. Auch der ist ein würdiges Glied der Menschheit, der sich, ohne zu arbeiten — ich nenne das nicht Arbeit —, ernster Betrachtung hingibt.

Sie alle haben das Recht auf Existenz, vornehmlich die Erzeuger der Lebensgüter, Arbeiter und Arbeitgeber, und wenn der Staat auch unter Umständen die Einsetzung des Lebens seiner Bürger zur Erhaltung seiner Existenz fordern kann, so gilt gleiches nicht ohne weiteres für die Güterproduktion. Das Maß, in welchem der Einsatz der Arbeitskraft für die Gütererzeugung gefordert werden kann, wird zu verschiedenen Zeiten verschieden sein. Die Grenze wird in der Regel da sein, wo die Möglichkeit der Erhaltung eines gewissen Existenzminimums gegeben ist, das durch die Gegenleistung der Arbeitgeber bedingt ist, wobei man, wie Potthoff mit Recht betont, auch an ein gewisses Minimum von Kulturgütern denken muß.

Mehr als das Gesetz kann in dieser Richtung die gute Sitte wirken. Kein Gesetz, keine polizeiliche Maßnahme kann allein eine unwürdige Ausbeutung eines Menschen durch seinen Mitmenschen verhindern. Das Gesetz selber darf aber, soweit seine Wirkung durch den Gesetzgeber überwacht werden kann, nicht

ein Mittel zur unwürdigen Ausbeutung sein. Kinder und Jugendliche, die sich erst zu vollen Menschen entwickeln sollen, wie Frauen, deren vornehmste Aufgabe die Erhaltung und Heranzucht der Gattung ist, Kranke, die durch Überwindung der Krankheit erst wieder zu dienenden Gliedern der Menschheit werden können, sie alle bedürfen einer besonderen Schonung, und in denen, die durch den Kampf ums Leben zu Invaliden der Arbeit geworden sind, ehrt die Menschheit sich selber, wenn sie von ihrer entbehrlichen Mitarbeit absieht, ihnen aber gleichwohl ein menschenwürdiges Dasein gewährt.

Hier klagen nun die Leiter der Produktion oft über die unerträglichsten sozialen Lasten, und im Einzelfalle mögen sie recht haben. Vielleicht sind auch die Wege, auf denen die soziale Fürsorge erstrebt wird, nicht immer die richtigen. Zersplitterung der Behörden, kostspieliger Bürokratismus, der in Buchstabengehorsam oft Unmögliches und Überflüssiges schematisch erstrebt, was von den Menschen, weil ihnen wesensfremd und unverständlich, nicht erreicht werden kann, machen manche vorgeblich soziale Maßnahmen zur unerträglichen Last. Etwas mehr Großzügigkeit und Verantwortungsbewußtsein könnte manche soziale Schutzbestimmung und lästiges Schema ersetzen. Aber so zweckmäßig die Eigentumsordnung ist, alles geben die Menschen doch nicht her, um sie in ihren letzten Konsequenzen durchzuführen. Ein gegenseitiges Sichsuchen und Verstehen, das Zugeständnis des Aufeinanderangewiesenseins muß von beiden Teilen des Arbeitsvertrages gefordert werden. In diesem Sinne kann ein vernünftiges Arbeitsrecht noch vieles leisten und schaffen, und dadurch wird ein natürlicher Ausgleich zwischen den Anforderungen der für die Gesamtheit auf dem Wege über das Privateigentum betriebenen Produktion und den Bedürfnissen der Konsumenten, von denen die meisten Arbeiter innerhalb oder außerhalb des Arbeitsvertrages sind, erzielt.

Zusammenfassend komme ich zu folgenden Grundsätzen für die gesetzliche Regelung des Arbeitsrechts in Deutschland:

- I. Die Notwendigkeit des verstärkten Einsetzens der Person im Kriege und die Zerstörung der Sachgüter durch den Krieg hat naturgemäß zu einer erhöhten Wertschätzung der Arbeit als des gegenwärtig wichtigsten Mittels zur Schaffung der notwendigen Lebensgüter in allen Ländern geführt.
- II. Das Deutsche Reich trägt dieser Notwendigkeit u. a. in der Reichsverfassung Artikel 157 durch Verheißung eines neuen einheitlichen Arbeitsrechtes Rechnung.

- III. Gemäß dem Charakter der Reichsverfassung muß das neue Arbeitsrecht einen Ausgleich zwischen den bestehenden, auf dem Eigentum als unerheblichen Bestandteil der Rechtsordnung (Art. 153 ff. der Reichsverfassung) sich aufbauenden Gesetzen und der neuen, die Arbeit und ihren Träger, die Persönlichkeit des Arbeiters, als wichtigstes Volksgut einschätzenden Anschauungen herbeiführen.
- IV. Es ist unmöglich, mit einem Schlage die alten Rechtsgrundlagen des Privatrechts durch völlig neue zu ersetzen. Dazu bedarf es einer viele Generationen umfassenden Entwicklung, insbesondere in der Anschauung der Bevölkerung, auch der Arbeitnehmer. Die Richtung dieser Entwicklung und ihr Endpunkt ist z. Z. mit einiger Sicherheit noch nicht erkennbar.
- V. Grundsätze, über deren Durchführung eine gewisse Einigung erzielt werden kann, sind folgende:
1. Dem Arbeitsrecht ist gegenüber dem bisherigen Standpunkt des Gesetzgebers eine erhöhte Aufmerksamkeit zu widmen.
 2. Das erfordert die Beseitigung der unerträglichen Zersplitterung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen und der zu seiner Anwendung berufenen Behörden. Trotz des innigen Zusammenhangs des Arbeitsrechts mit dem geltenden allgemeinen öffentlichen und privaten Recht ist eine Zusammenfassung in einem einheitlichen Arbeitsgesetzbuch erforderlich, welches das formelle und materielle Arbeitsrecht umfassen muß.
 3. Ohne eine Regelung des materiellen Rechts sind die wesentlich auf die vollberechtigte Mitwirkung sachverständiger Arbeitgeber und Arbeitnehmer angewiesenen Arbeitsbehörden (Arbeitsnachweise, Berufsbehörden, soziale Versicherungsbehörden, Schlichtungsbehörden, Arbeitsgerichte, Arbeitskammern) nicht imstande, in befriedigender Weise das Arbeitsrecht abzuwenden und auszubauen.
 4. Der Begriff der „Arbeit“ („Arbeitgeber“, „Arbeitnehmer“, „Geistige und künstlerische Betätigung“ u. ä.), auf welche sich die gesetzliche Regelung beziehen soll, ist möglichst klar zu umgrenzen und von einer verschwommenen Verallgemeinerung freizuhalten, die dem Arbeitsrecht eine uferlose, von keinem Gesetzgeber zu bewältigende Ausdehnung geben würde.

In ihrer juristischen Bedeutung festzulegen sind auch die Begriffe des „Betriebes“, der „Berufsvereine“, „Wirt-

schaftlichen Vereinigungen“ und der „Vertreter der Arbeitgeber und Arbeitnehmer“.

5. Das neue Arbeitsrecht soll nicht künstlich neue Probleme stellen und theoretische Regelungen anstreben, sondern der Entwicklung folgen und ihre Ergebnisse in brauchbare, den Anforderungen der Wissenschaft entsprechende, gleichzeitig aber dem Volke verständliche Formen gießen. Die wichtigsten Fingerzeige hierfür geben die vorhandenen Tarifverträge sowie die Entscheidungen der Gerichte, namentlich der Arbeitsgerichte und des Reichsversicherungsamts.
6. Das Privatrecht darf als solches nicht beeinträchtigt werden, sondern es ist durch die Wirksamkeit kraftvoller Verbände im Sinne der vollen tatsächlichen Gleichberechtigung beider Vertragsteile des Arbeitsvertrages zu fördern. Andererseits kann aber ein zwingendes Schutzrecht nicht entbehrt werden, zumal die Einigung der Beteiligten durch Gesamtvereinbarungen nicht selten auf längere Dauer ausbleibt und auch Tarifverträge zu einer schädlichen Durchlöcherung der Schutzbestimmungen führen können.
7. Zwar ist die der Gütererzeugung ernstlich zu berücksichtigen, doch darf sie nicht alleiniger Hauptzweck des Arbeitsrechts werden, sondern im mindest gleichen Maße sind die Bedürfnisse der Vertragsparteien im Auge zu behalten, die ja doch den Hauptteil der Bevölkerung ausmachen und der zu dienen der Staat bestimmt ist.
8. Bei der Vorbereitung des neuen Arbeitsrechts sind in besserer Weise als bisher die neuesten Mittel der Forschung für die Erfassung der tatsächlichen Verhältnisse und der neuzeitlichen Anschauung in Wissenschaft und Praxis anzuwenden, insbesondere durch Feststellungen an Ort und Stelle und Hinzuziehung maßgebender Sachverständiger, nicht aber durch Herbeiführung allgemeiner Aussprachen aller derjenigen, welche zu Worte kommen wollen.

VI. Die einzelnen Gebiete, deren Regelung notwendig ist, sind folgende:

1. Das Arbeitsvertragsrecht einschl. einzelner Sondergebiete,
2. das Recht der Arbeitstarifverträge und der Betriebsvereinbarungen,
3. das Arbeiterschutzrecht mit der Zeitregelung,

4. das Recht der Berufsvereine, wirtschaftlichen Vereinigungen und
 5. das Verfahren in Arbeitssachen und die Organisation der Arbeitsbehörden (Arbeitsnachweise, Berufsämter, Versicherungsbehörden, Arbeitsgerichte, Schlichtungsbehörden, Arbeitskammern, Betriebe).
-

Weltanschauliche Grundlagen des Arbeitsrechtes.

Von

Dr. Heinz Potthoff, München.

Das bittere Mephistowort von der Rückständigkeit des Rechtes, das in einer Zeit rascher Umwälzung staatlicher und wirtschaftlicher Verhältnisse doppelt stark empfunden werden muß, gilt in besonderem Maße für das Arbeitsrecht; nicht nur, weil dieses von den sozialen Veränderungen, namentlich in der Wirtschaft am stärksten betroffen wird, sondern auch, weil seine Grundlagen sich am stärksten verändert haben: Das römische Recht ging aus vom Sklavenverhältnisse, in dem der arbeitende Mensch kein Subjekt, sondern nur das Objekt des Arbeitsverhältnisses, eine im Eigentume des Arbeitgebers oder des Sklavenhalters befindliche Sache war. Das altdeutsche Recht aber hatte unter sich einerseits ein genossenschaftliches Verhältnis, zum anderen eine soziale Stufenleiter, auf der der Arbeitnehmer zum Unternehmer emporstieg oder später ein Hörigkeitsverhältnis. Heute sind die alten Bindungen zerrissen, sowohl die der Genossenschaft wie die der Hörigkeit. Der Arbeiter und Angestellte ist ein vollberechtigter Staatsbürger geworden. Die Arbeitnehmerschaft kann kraft ihrer großen Zahl (sie umfaßt mehr als zwei Drittel des deutschen Volkes) nach der Staatsverfassung den maßgebenden Einfluß ausüben. Zugleich aber ist das Arbeitnehmerdasein für eine wachsende Millionenschar zum Lebensberuf geworden, und die Konzentration des Kapitals und des Großbetriebes hat an Stelle der alten, rechtlichen eine neue, wirtschaftliche Abhängigkeit gesetzt, der wir mit staatlicher Sozialpolitik wie mit gewerkschaftlicher Koalition zu begegnen streben.

Das Arbeitsrecht ist auch besonders betroffen von dem Gegensatze, aus dem Spengler im „Untergang des Abend-

landes¹⁾ die Rückständigkeit unseres gesamten Rechtes erklärt: „Das antike Recht war ein Recht von Körpern, unser Recht ist das von Funktionen. Die Römer schufen eine juristische Statik, unsere Aufgabe ist eine juristische Dynamik. Für uns sind Personen nicht Körper, sondern Einheiten der Kraft und des Willens, und Sachen nicht Körper, sondern Ziele, Mittel und Schöpfungen dieser Einheiten²⁾. Das römische Recht, „das scheinbar in seinen Grundlagen unverändert durch zwei Jahrtausende gewandert ist“, hat „in Wirklichkeit in drei Kulturen drei vollständige Entwicklungen von jedesmal ganz anderer Bedeutung durchgemacht“. „Drei Rechtsgeschichten liegen vor unserem Auge, verknüpft nur durch die Elemente der sprachlichen und syntaktischen Form, welche die eine von der anderen nahm oder nehmen mußte, ohne durch deren Gebrauch das fremde Dasein, das ihnen zugrunde lag, auch nur zu Gesicht zu bekommen. Zwei von ihnen sind vollendet. In der dritten stehen wir selbst, und zwar an der entscheidenden Stelle, wo die aufbauende Arbeit großen Stils erst beginnt, welche dort ausschließlich den Römern und dem Islam zugefallen ist.“

Auch S o h m erkennt den grundlegenden Unterschied zwischen römischem und modernem deutschem Rechte an³⁾: „Ein rechtstheoretisches Durchdenken der Grundwerte unseres wirklichen Lebens hat noch nicht angefangen. Wir kennen diese Werte noch gar nicht.“ Welche Rolle bei diesem juristischen Durchdenken des heutigen Lebens und bei der Schaffung eines ihm angepaßten dynamischen Rechtes das Arbeitsrecht spielen muß, wird ohne weiteres klar, wenn man sich vergegenwärtigt, in welchem Umfange das Leben auf Arbeitsleistung beruht, in welchem Umfange diese Arbeit in der Form eines Arbeitsverhältnisses, also der Anstellung und Tätigkeit in f r e m d e m Dienste geleistet wird, und welcher überwiegende Teil unseres Volkes in diesem Arbeitsverhältnisse die Grundlage seiner Existenz findet.

Aber die Erkenntnis davon ist noch nicht allgemein. So viel auch davon geredet und geschrieben wird, so sind wir doch noch weit davon entfernt, daß die Tatsache, daß mehr als zwei Drittel der 65 Millionen Reichsangehöriger in fremden Betriebe arbeiten, unser rechtliches Denken beherrscht. Weder Gesetz und Rechtsprechung noch Theorie und soziale Organisation sind darauf eingestellt. Ebenso wenig besteht Einigkeit darüber, ob wir uns darauf einstellen müssen und wollen.

¹⁾ Vgl. dazu Potthoff: Faustisches Arbeitsrecht in Arb.-R. XI, Heft 7.

²⁾ Untergang, Bd. II, S. 68.

³⁾ Institutionen, S. 170.

Die Folge dieser Unklarheit ist ein allgemeines Durcheinander in der Schaffung neuen Rechtes wie in der Auslegung sowohl des alten wie des neuen Rechtes. Man kann die verschiedenen Strömungen zusammenfassen in den Gegensatz von Individualismus und Kollektivismus, der hier nichts weiter bedeutet, als daß jener vom Einzelmenschen ausgeht und in ihm das Ziel sieht, während dieser ausgeht von der sozialen Verbundenheit der Menschen in der Arbeit und in der Wirtschaft, und diese Verbundenheit auch zur Grundlage der Rechtsordnung macht. Jener führt die Tradition des römischen Rechtes und der Aufklärungsphilosophie weiter; dieser knüpft an altdeutsche Rechtsgedanken und Rechtsgebilde an⁴⁾. Wenn auch das Endziel das gleiche sein mag: Glück und Wohlfahrt der Millionen zu einem Volke verbundener Menschen, so führen die beiden Wege doch in so verschiedener Richtung, daß sie nicht gleichzeitig begangen werden können. Der angebliche Versuch dazu, der Kampf der beiden gegensätzlichen Anschauungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung ist der Hauptanlaß zu der Unsicherheit und Verworrenheit, die trotz der eifrigen Gesetzgebung des letzten Jahrzehntes das Arbeitsrecht beherrscht⁵⁾.

Es ist klar, daß wir so nicht zu dem einheitlichen Arbeitsrechte kommen können, das in Art. 157 der Weimarer Reichsverfassung in Aussicht gestellt ist. Denn diese Einheit verlangt nicht nur, daß dieselben Rechtssätze für alle Arbeitnehmer gelten, sondern auch, daß sie auf einheitlichen Grundgedanken beruhen. Dies um so mehr, als die Verfassung selbst zwei solcher Grundgedanken notwendig und ausdrücklich festlegt⁶⁾: Den sozialen Gedanken von dem Vorrang des lebenden Menschen vor allen Vermögensinteressen, ausgesprochen in Art. 157, der die Arbeitskraft unter den besonderen Schutz des Reiches stellt, und den demokratischen Gedanken der Selbstverwaltung auf dem Boden der Gleichberechtigung, der im Art. 165 ausdrückliche Anerkennung gefunden hat.

Diese beiden Grundgedanken genügen nicht, um dem Arbeitsrechte die einheitliche Zielrichtung zu geben. Denn gerade unter den Vorkämpfern der Reform, die durchaus auf dem Boden der Verfassung und der beiden von ihr angegebenen Rechtsgrundlagen stehen, herrscht der Gegensatz vom individuellen Arbeits-

⁴⁾ Vgl. namentlich Otto v. Gierke.

⁵⁾ Vgl. Potthoff: Wesen und Ziel des Arbeitsrechtes, Berlin 1922. Als Gegensatz etwa Melsbach: Deutsches Arbeitsrecht, Berlin 1923.

⁶⁾ Vgl. Potthoff: Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht. Leipzig 1925.

rechte, das den einzelnen Arbeitnehmer zum vollberechtigten Partner eines wirklich „freien“ Arbeitsvertrages, also gewissermaßen zum Unternehmer seiner Ware Arbeitskraft machen soll; und vom kollektiven Arbeitsrechte, dem dieses Ziel eine Utopie ist und das daher die sozial verbundenen Gesamtheiten von Arbeitnehmern in Betrieb und Beruf zu Trägern des Rechtes machen will. Beide Richtungen können nicht zugleich an der Verwirklichung der Reichsverfassung arbeiten. Es ist notwendig, daß eine von ihnen über die andere siegt und für die Rechtsgestaltung beherrschend wird. Deswegen ist es durchaus nicht zu bedauern, daß die Schaffung des geplanten Rechtsbuches der Arbeit sich verzögert und aus den Vorarbeiten des 1919 beim Reichsarbeitsministerium errichteten Sachverständigenausschusses noch nichts Endgültiges hervorgewachsen ist⁷⁾. Auch die Entwürfe dieses Arbeitsrechtsausschusses tragen noch vielfach das Doppelgesicht des Kompromisses zwischen zwei Gegensätzen. Ehe sie zur Beratung gestellt werden, muß die Entscheidung um die Grundsätze durchgekämpft werden.

Die Stellungnahme in diesem Kampfe um den Grundsatz geht auf die Gesamtauffassung des im heutigen und künftigen Volksleben möglichen und wünschbaren zurück. Sie hat etwas Weltanschauliches. Und es ist gut, wenn alle Beteiligten sich über diese Grundlage klar werden. Denn dann erkennen wir, daß der Streit nicht durch wissenschaftliche Beweisführung entschieden werden kann, sondern nur durch die Macht gefühlsmäßiger Überzeugungen, die sich nicht exakt als richtig oder falsch beweisen lassen.

Die Probleme, die wir im engeren Sinne die sozialen nennen, sind uns gestellt worden durch den Großbetrieb in der Wirtschaft. Die Erfindungen der Technik, insbesondere die Beherrschung der Naturkräfte und die Verbesserung des Verkehrs, haben die Entwicklung des modernen Lebens eingeleitet. Sie haben das wirtschaftliche Problem der Verflechtung in die Konjunkturen des Weltmarktes gebracht; das politische der Abhängigkeit zahlloser Arbeitnehmer vom Willen des Kapitalbesitzers und Betriebsleiters; das soziale der Abhängigkeit der Erwerbsarbeit der Arbeitnehmer vom Nutzen ihrer Beschäftigung für den Arbeitgeber; sowie der Verteilung des gemeinsamen Arbeitsergebnisses unter die Beteiligten; das seelische Problem der Teilarbeit, die den Menschen zum Diener der Maschine und zum Rade in einem großen Organismus machte.

⁷⁾ Vgl. Arb.-R. X, 281.

Der Großbetrieb ist zur herrschenden Wirtschaftsform geworden. Er wird auch die Gebiete des staatlichen und kulturellen Lebens erobern, soweit das noch nicht der Fall ist. Seine Prinzipien der Spezialisierung, der Maschinenverwendung, der Zusammenfassung vieler Teilarbeiter zur Erhöhung des Gesamterfolges gelten auch in Verwaltung, Erziehung, Wissenschaft usw.

Der Großbetrieb als Arbeitsform schreibt dem Arbeitsrechte ganz bestimmte Grundlagen zwingend vor. Der individuelle Vertrag, der vor hundert Jahren als Grundlage des gesamten Rechtsverkehrs und damit auch des Arbeitsverhältnisses gesetzt wurde, hat sich hier sehr schnell als unmöglich erwiesen. Der starke Machtunterschied zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat zu einer derartigen Ausbeutung und Gesundheitsschädigung, namentlich gegenüber Frauen und Kindern geführt, daß der Staat mit sozialpolitischen Schutz- und Fürsorgegesetzen eingreifen mußte. Er regelt heute einen erheblichen Teil der Arbeitsbedingungen zwangsweise und beschränkt damit die individuelle Vertragsfreiheit wesentlich. Zugleich mußte der Staat der Selbsthilfe der Arbeitnehmer freiere Bahn geben, als es dem Individualismus der Jahrhundertwende angemessen schien. Namentlich mußte das Koalitionsrecht gegeben werden. Und trotz mangelhaften Rechts haben die Gewerkschaften bis zum Kriege schon eine wesentliche Beeinflussung der Arbeitsbedingungen durchgesetzt.

Aber es war nicht nur Machtgelüst und Gewinnsucht der Unternehmer, wenn sie nicht mit den einzelnen Arbeitern und Angestellten auf dem Boden der verfassungsmäßigen Gleichberechtigung Arbeitsverträge abschlossen, sondern die Arbeitsbedingungen diktierten. Es war eine unvermeidliche Notwendigkeit. Auch der sozialste Unternehmer konnte gar nicht anders handeln, weil der Großbetrieb nicht ein Nebeneinander von selbständigen Lieferungsverträgen auf Arbeitsleistungen ist, sondern ein organisches Miteinander von Menschen, die zusammen arbeiten und in ihrer Tätigkeit voneinander abhängig sind. Wie in einem Orchester der Kapellmeister nicht mit den einzelnen Musikern individuell die Spielbedingungen vereinbaren kann, sondern die Harmonie davon abhängt, daß alle genau nach seinem Taktstocke gleichmäßig spielen, so kann der Betriebsleiter nicht mit seinen tausend Arbeitern verschiedene Arbeitsbedingungen vereinbaren. Denn diese müssen einheitlich sein. Solange sie auf dem Wege des Arbeitsvertrages festgesetzt werden, bleibt dem Unternehmer gar nichts anderes

übrig, als jedem einzelnen die Vertragsbedingungen aufzunötigen, die im Gesamtinteresse des Betriebes liegen.

Eine Vereinbarung der Arbeitsbedingungen ist rein technisch erst möglich, wenn die Arbeitnehmer als Gesamtheit auftreten. Nur wenn die Belegschaft als Einheit durch ein bevollmächtigtes Organ mit dem Unternehmer verhandelt, kann durch übereinstimmenden Willen beider Teile etwas einheitlich festgelegt werden. Die Rechtsform dafür hat das Betriebsrätegesetz von 1920 gegeben. Darin liegt dessen grundsätzliche Bedeutung. Aber um wirkliche Gleichberechtigung zu schaffen, muß die Regelung der wichtigeren Streitfragen aus dem einzelnen Betriebe heraus verlegt und einer Organisation der Arbeitnehmer übertragen werden, die vom Arbeitsverhältnisse unabhängig ist und dem Unternehmer, einzeln oder in der Organisation, wenigstens gleich an Wirtschaftskraft sein kann. Als diese wichtigste arbeitsrechtliche Organisation hat sich allmählich die Gewerkschaft herausgebildet. Ihr Mittel zur einheitlichen Regelung der Arbeitsverhältnisse ist der Tarifvertrag. Und die Anerkennung der unabdingbaren Normenwirkung der Tarifsatzung durch die VO. vom 23. 12. 1918 dürfte das bisher bedeutsamste Stück neuen Arbeitsrechtes sein⁸⁾.

Das Tarifvertragsrecht bedeutet einen schweren Schlag gegen den Individualismus. Der einzelne Arbeiter oder Angestellte kann nicht mehr die Arbeitsbedingungen nach seinem eigenen Willen regeln. Seine Vereinbarungen werden beiseite geschoben durch die Kollektivvereinbarungen seiner Gewerkschaft, an die er zwingend gebunden ist. Deswegen sind manche Gerichte und manche Schriftsteller sehr vorsichtig in der Anerkennung dieser Normenwirkung und suchen einen Rest von individueller Willensfreiheit der Einzelnen zu retten. Vergebens; denn diese vermeintliche Freiheit wird zur Unfreiheit, zur Unterwerfung unter den mächtigeren Willen des Arbeitgebers. Solange der heutige Großbetrieb herrscht, gibt es für die Masse der Arbeitnehmer nur zwei Wege zur Lösung vom Herrenzwange: entweder staatlichen Zwang (Sozialpolitik) oder genossenschaftlichen Zwang (Tarifverträge). Wer den Großbetrieb will, der muß auch zur Durchführung des Art. 165 RV. den Tarifvertrag mit seinem Normenzwange wollen.

Aber er muß auch dessen notwendige Voraussetzung wollen: die Organisation der Arbeitnehmer in Gewerkschaften. An der

⁸⁾ Ich vertrete allerdings den Standpunkt, daß auch ohne diese VO. die Unabdingbarkeit der Tarifnormen aus der Reichsverfassung folgen müßte. Vgl. Einwirkung d. RV.

Stellung zur Organisationsfrage entzündet sich zur Zeit besonders lebhaft der Gegensatz zwischen Individualismus und Kollektivismus. Das alte Koalitionsrecht war ein Recht des Einzelnen, sich zur Wahrung seiner persönlichen Interessen mit Berufsgenossen zusammenzuschließen. Es ließ ihm daher volle Freiheit, ob und wo er sich koalieren wollte. Ja, das Nichtkoalieren war nach den §§ 152, 153 GewOrdg. das besonders sorgfältig gehütete Freiheitsideal. Unter der Herrschaft des Großbetriebes und des Tarifvertrages muß die Organisation als solche Gegenstand des Rechtsschutzes sein. Das schließt eine Berechtigung der organisierten Gesamtheit gegen die einzelnen Mitglieder ebenso ein⁹⁾, wie die Zulässigkeit, ja Notwendigkeit eines gewissen Koalitionszwanges¹⁰⁾. Man muß begreifen, daß die Organisation im Arbeitsrechte etwas ganz anderes bedeutet als im übrigen Rechte, nämlich die Voraussetzung der Vertragsfähigkeit der Arbeitnehmer; also keine Beeinträchtigung ihrer persönlichen Freiheit und Berechtigung, sondern deren Grundlage.

Der Großbetrieb nötigt also zu einer Kollektivregelung seines Arbeitsrechtes, die weit abweicht vom übrigen Schuldrechte. Wer den Großbetrieb für unabwendbar oder für wünschenswert hält, muß sich auch mit diesen Folgerungen abfinden, wenn er ein dem praktischen Leben gemäßes Recht schaffen will. Je klarer er das erkennt und je energischer er die Folgerungen zieht, desto besser wird das Arbeitsrecht.

Ob jemand aber den Großbetrieb für wünschenswert oder wenigstens notwendig ansieht, hängt wieder von einer anderen Anschauung ab, nämlich davon, ob er die heutige Menschenzahl und ihre Vermehrung für richtig hält. Auf dem Boden des Deutschen Reiches lebten zu Goethes Zeit kaum 20 Millionen und beim Ausbruche des Weltkrieges rund 70 Millionen Menschen. Diese Verdreifachung der Zahl ist die wichtigste soziale Erscheinung des 19. Jahrhunderts. Sie ist unzweifelhaft größtenteils auf Maschine und Großbetrieb zurückzuführen. Davon, ob man sie für einen Segen oder einen Fluch hält, hängt die Stellungnahme zum Großbetriebe und zu seinem Rechte ab. Denn der Beweis, daß auch ohne ihn, ohne die Konzentration der arbeitenden Menschen an riesigen Maschinen, die Vermehrung der Menschenzahl möglich gewesen oder gekommen wäre, dürfte nicht zu erbringen sein.

Gewiß wäre es theoretisch möglich, daß die 65 Millionen

⁹⁾ Vgl. Urteil d. RG. v. 2. 7. 25 (RGZ. Bd. 111, S. 199).

¹⁰⁾ In dieser Frage stehen gegenwärtig Reichsgericht und Kammergericht in bemerkenswertem Gegensatze. Vgl. Arb.-R. XII, 171; XIII, 477.

Menschen, die heute in den Reichsgrenzen leben, dort alle noch Bauern, Handwerker und Krämer wären. Der deutsche Boden ist groß und fruchtbar genug, um bei richtiger Verteilung und intensiver Bebauung uns alle satt zu machen¹¹⁾. Wir würden natürlich ganz anders leben als heute, würden auf viele Zivilisation verzichten müssen. Aber wir könnten leben. Daß wir uns dabei wohler fühlen würden, ist eine Anschauung etwa Fichtes, der in seinem „Geschlossenen Handelsstaate“ ein solches Idealbild entwarf (allerdings ohne noch mit einer derartigen Massenbevölkerung zu rechnen). Es ist bemerkenswert, daß Fichte zwei Dinge aus dem Volksleben streichen mußte, die uns heute als selbstverständlich erscheinen: den Verkehr mit dem Auslande und das Arbeitsverhältnis. Im „Geschlossenen Handelsstaate“ gibt es außer den Staatsbeamten keine Arbeitnehmer, sondern nur wirtschaftlich Selbständige, die miteinander tauschen.

Fichte war Individualist, und seine Staatsutopie will den Sozialismus auch nur im Interesse der Ausbildung aller Einzelpersönlichkeiten. Er erkannte das Arbeitsverhältnis als ein Haupthindernis dafür und lehnte es daher ab. Daß heute Deutschland seinen „Geschlossenen Handelsstaat“ verwirklichte, wird wohl niemand ernsthaft erstreben. Damit wäre allerdings das Problem des Arbeitsrechtes radikal gelöst, indem es verschwände. Aber auch jede Annäherung an den von Fichte geschilderten Zustand, insbesondere also der Verzicht auf Welthandel und Großbetrieb, würde es erleichtern, das Arbeitsrecht auf dem altgewohnten Boden des Individualismus zu halten.

Aber ich glaube nicht, daß praktisch mit einer solchen Entwicklung zu rechnen ist. Und wenn sie möglich wäre, so bliebe immer noch die Frage, ob wir sie wünschen und anstreben sollten. Ich möchte die Frage verneinen. Wenn die Möglichkeit bestände, ohne Verwertung der modernen Technik, die den Großbetrieb in weitem Umfange unvermeidlich macht, in Deutschland 60 oder 70 Millionen Menschen Lebensmöglichkeit zu bieten, dann würde mit der Technik sicher die mindestens gleiche Lebensmöglichkeit für 100 Millionen gegeben sein. Und dann würde ich die 100 Millionen wollen¹²⁾. Denn ich bejahe das Leben in jeder Form und unter allen Umständen und heiße Kultur alles, was Leben fördert, also Leben schafft oder bereichert. Der Wert des Lebens ist nicht beweisbar; seine Beurteilung ist Sache des innersten Gefühles jedes einzelnen. Ebenso wenig ist beweisbar,

¹¹⁾ Vgl. dazu die Schriften von Franz Oppenheimer.

¹²⁾ Vgl. Potthoff: Erziehung zu sozialer Kultur, Bonn 1915.

ob die Qualität oder die Quantität das erstrebenswerteste ist. Die Kultur eines Volkes ist das Gesamtprodukt aus Lebenszahl und Lebensinhalt. Die Möglichkeiten zur Bereicherung der Millionen Einzelleben sind so zahlreich, die Maßstäbe zur Beurteilung der Lebenswerte so verschieden, daß die Wissenschaft hier nicht das letzte Wort hat. Sie kann unendlich viel leisten in der Erkenntnis höherer Lebensmöglichkeiten, in der Schaffung ihrer Voraussetzungen. Aber was der Einzelne will, hängt doch von einem nicht verstandesmäßig zu erledigenden inneren Vorgange ab.

Wenn man mit mir eine möglichst große Menschenzahl unter möglichst guten Lebensbedingungen will, dann muß man Technik und Maschine, Großbetrieb und Arbeitsteilung wollen. Und dann muß man auch all das wollen, was diese Form des Arbeitens und Lebens an unvermeidlichen Begleiterscheinungen mit sich bringt. Man muß vor allem trachten, das menschliche Dasein auch unter der Herrschaft des arbeitsteiligen Großbetriebes kulturgemäß und lebenswert zu machen. Bisher war der Großbetrieb für die darin tätigen Menschen ein Fluch, weil er sie um den Sinn und damit um den seelischen Wert ihrer Berufsarbeit gebracht hat. Die Teilarbeit des einzelnen im spezialisierten Großbetriebe, all das mechanisch eintönige Hämmern, Bohren, Feilen, Falzen, immer des gleichen Stückes, hundertmal am Tage und zehntausendmal im Jahre ist sinnlos und wertlos, ist Lohnschufterei in fremdem Dienste, zu fremdem Vorteile, das im Arbeiter nur den Wunsch nach Befreiung von diesem Arbeitszwange erwecken kann (Hausfrauen und Bauern, Künstler und Forscher denken nicht an einen Achtsturentag). Es muß als unmöglich erscheinen, den Arbeiter als Einzelnen seiner stumpfsinnigen Tätigkeit seelisch nahe zu bringen. Nur als Kollektivwesen kann er seine Arbeit lieb gewinnen. Als Teil der Belegschaft, die mit tausend Händen eine Lokomotive baut, kann der einzelne Teilarbeiter an seinem Sägen oder Nieten innere Anteilnahme und damit Freude gewinnen. Die Erziehung zu solcher kollektiven Verbundenheit scheint mir der einzige Weg zur Rettung unserer Kultur.

Wenn das Arbeitsrecht sich in diese große Aufgabe eingliedert, so ergeben sich ohne weiteres zwei notwendige Folgen. Es muß von der kollektiven Verbundenheit ausgehen und nicht nur die kollektive Regelung der Arbeitsbedingungen anerkennen, sondern auch die kollektive Abhängigkeit der Arbeitsleistungen voneinander. Der Arbeitsvertrag als ein rein individuelles Schuldverhältnis zwischen zwei Personen existiert

nicht. Alle Arbeitsverträge innerhalb des Betriebes bilden eine Einheit, in der jedes Glied durch das andere beeinflußt, ja in seiner Wirksamkeit bedingt ist. Wenn ein Teil der Belegschaft nicht arbeitet, so kann auch der andere nicht arbeiten. Wenn ein Teil etwa streikt, so ist das Arbeitsangebot des anderen Teiles sinnlos. Es kann nicht angenommen werden, weil die geschuldete Tätigkeit nicht geleistet werden kann. Ohne die Anerkennung dieser Verbundenheit aller Arbeitsverhältnisse miteinander werden Rechtsprobleme wie das des Teilstreikes niemals befriedigend gelöst werden können¹³⁾.

Alles bisher Gefolgerte ging auf die Form des Arbeitsverhältnisses und seiner rechtlichen Regelung. Aber auch der Inhalt, das heißt die materiellen Bedingungen, die für angemessen gehalten werden, sind abhängig von einer grundsätzlichen Einstellung, die sich exakter Beweisführung entzieht. Es ist letzten Endes die Antwort auf die Frage, ob Einzelpersonlichkeit oder Masse dem Rechte das wichtigere sei, die über das Maß von Arbeitsleistung, Lohn usw. entscheidet, das jedem einzelnen unter den Millionen der Arbeitnehmer durch das Arbeitsrecht gesichert werden soll. Die Reichsverfassung hat die Frage stark zugunsten der Arbeitnehmer bejaht. Wenn die Gesamtheit der Staatsbürger zur Selbstbestimmung und Selbstverantwortung aufgerufen wird, dann muß der Staat auch der Gesamtheit die Möglichkeit schaffen, diese Rechte und Pflichten auszuüben. Die Verfassung hat das im Art. 157 noch besonders betont durch den „besonderen“ Schutz, den sie der Arbeitskraft, das ist dem arbeitenden Menschen, verspricht. Ich gehe noch einen Schritt weiter und folgere aus der Verfassung, daß wir einen neuen Kulturbegriff gewinnen müssen. Alles, was uns aus der Vergangenheit überliefert ist, betraf die produktiven Leistungen weniger Auserlesener. Auch unsere heutige Kultur beurteilen wir fast ausschließlich nach der Produktion, statt nach dem Verbräuche, und nach den Leistungen oder Bedürfnissen einer dünnen Oberschicht sogenannter „Kulturträger“. Das widerspricht dem Geiste der neuen Reichsverfassung. Das deutsche Volk ist die Masse von 65 Millionen. Darum ist deutsche Kultur das, was diese Masse, die zusammen mit den außerhalb der Reichsgrenze wohnenden etwa 80 Millionen ausmacht, denkt, weiß, wünscht und lebt¹⁴⁾. Die große Aufgabe unserer Zeit ist soziale Kultur im Sinne von

¹³⁾ Vgl. Arb.-R. XIII Heft 2.

¹⁴⁾ Vgl. Potthoff: „Vollendung faustischer Kultur“ in Leipziger Lehrer-Ztg. 31. Jg. Heft 10 und „Die Kultur von 80 Millionen“ in Oberbayr. Schulztg. 1925.

Massenkultur. Hier können wir auf Grund von Technik, Staatsverfassung und allgemeiner Schulpflicht Unerhörtes leisten, was noch keine Zeit auch nur annähernd gekonnt hat. Voraussetzung aller Volkskultur ist Gesundheit an Leib und Seele. Diese wird sehr stark von den Arbeitsbedingungen beeinflusst, die ja wichtigste Lebensbedingungen der Volksmehrheit sind. Arbeitszeit, Lohnhöhe, Betriebsschutz u. dgl. sind von grundlegender Bedeutung auch für den seelischen Zustand des Volkes. Die Arbeitsverfassung muß ein Abbild der Staatsverfassung sein.

So ist das Arbeitsrecht eines der wichtigsten Mittel zur Durchführung der Staatsverfassung. Es ist zugleich eines der wichtigsten Mittel zur staatsbürgerlichen Erziehung der Massen, die notwendig ist, wenn die Republik lebensfähig sein soll. Denn selbstverantwortliche Selbstverwaltung lernt sich nicht aus Büchern, sondern nur aus lebendiger Praxis. Und die liegt vor in Betriebsrat und Gewerkschaft, in Tarifvertrag und Arbeitsgemeinschaft, sowie in den vielen sonstigen Organen der Selbstverwaltung, die das Arbeitsrecht in geringem Maße geschaffen hat und in weit höherem Maße schaffen sollte. Auch hier ist die Stellung zum Arbeitsrechte bestimmt durch die Stellung zu einem Probleme, das außerhalb seines Bezirkes liegt: zum Probleme der Staatsverfassung. Und auch hier wieder spielen letzte weltanschauliche Momente hinein.

Republik als Staatsverfassung, Großbetrieb als Wirtschaftsform und Massenkultur als soziales Ziel, diese drei geben dem künftigen Arbeitsrechte eine ganz bestimmte Richtung. Sind diese drei Grundlagen einmal anerkannt, so folgen die arbeitsrechtlichen Gesetze daraus mit einer weitgehenden Zwangsläufigkeit. Dann kann auch einheitliches Recht werden. Der Entscheidungskampf um die künftige Gestalt des Arbeitsrechtes muß also vor seinen Toren ausgefochten werden.

B. Besprechungen.

Handbuch der Philosophie, herausgegeben von **A. Baeumler** und **M. Schröter**. 2. Lieferung: Metaphysik der Natur von Prof. Dr. **Hans Driesch**, Leipzig. 95 S. 3. Lieferung: Religionsphilosophie katholischer Theologie von **P. Erich Przywara**, S. J., München. 104 S. Verlag R. Oldenbourg, München und Berlin 1926.

Die beiden Lieferungen geben eine erfreuliche Kunde von dem raschen Vorrücken des gediegenen Handbuchs der Philosophie. Hans Drieschs Bearbeitung der Naturmetaphysik kommt einem besonders dringenden Bedürfnis entgegen. Kaum in einem andern Fach der spekulativen Philosophie hat sich im Verlauf der Jahrhunderte eine solche Menge von phantastischen Auswüchsen angesammelt, die die wenigen brauchbaren Gedanken zu ersticken drohen, da gilt es eine scharfe kritische Musterung vorzunehmen. Alles bloß zeitgeschichtlich Interessante mußte natürlich ausgeschaltet werden. Es kam darauf an, die dauernd fortlebenden Ansätze zur Naturmetaphysik herauszuarbeiten und zu würdigen. Hans Driesch, der selbst auf diesem Gebiet über die intensivste und extensivste Forschererfahrung verfügt, hat mit feiner Einfühlung in die großen und genialen Züge der Naturmetaphysiker alter und neuer Zeit die bedeutsamsten Entwicklungsphasen der einschlägigen Spekulation charakterisiert. Es hat einen ungemeinen Reiz, unter seiner souveränen Führung die Verschiebungen des Naturproblems und ihre Gründe kennenzulernen. So ist z. B. sehr fein der Unterschied zwischen der neuzeitlichen Naturauffassung gegenüber der antiken kategorial und methodisch gekennzeichnet, ebenso das Zurücktreten des Naturproblems im System Kants infolge seiner spezifisch christlichen anthropozentrischen Einstellung. In letzterem Punkt stellt Drieschs Deutung einen radikalen Gegensatz dar zu der Kantauffassung von Arthur Drews, „Kants Naturphilosophie als Grundlage seines Systems (Berlin 1894)“. Von aktuellstem Gewicht sind die Darlegungen über die gegenwärtigen Typen der Naturmetaphysik. Diese Typen werden mit überzeugender Dialektik aus fünf allgemeinmetaphysischen Einstellungsmöglichkeiten abgeleitet. Drei Typen erweisen sich als unfruchtbar, so daß nur die beiden Typen der „Deutungsmetaphysiker“ und „Erweiterungsmetaphysiker“ übrigbleiben. In diesem Rahmen setzt sich Driesch u. a. mit der Weltmaschinen-theorie von Julius Schulz sowie mit Bergsons Lehre vom élan vital auseinander, um dann seine eigene Naturmetaphysik zu skizzieren, deren Grundbegriffe „Ganzheit“, „ganzmachende Kausalität“ sowie eine hier-nach präzisierte Fassung des Entwicklungsgedankens im Gegensatz zur bloßen Häufung (Kumulation) bilden. Seine für die gesamte Philosophie vorbildliche Grundintention ist auf die genaue Erfassung der naturhaften Eigenarten gerichtet. Diese metaphysische Besonnenheit ist die wirksamste Schutzwehr gegen jeden Versuch einer grobschlächtigen monistischen Nivellierung der verschiedenen Wirklichkeitsgebiete.

Daß nur ein katholischer Religionsphilosoph über die prinzipiellen Gedanken seines Glaubensbekenntnisses Bescheid wissen kann, ist klar. Denn ihm allein steht die entsprechende Erlebnisgrundlage zur Ver-

fügung, ohne die der philosophische Überbau unverständlich bleibt. Pater Przywara entwickelt zunächst die allgemeine Problematik des Religiösen. Soseinsfrage und Daseinsfrage werden säuberlich geschieden. Die erstere bezieht sich auf die inhaltliche Gestaltung des religiösen Verhältnisses, die letztere auf das Zustandekommen dieses Verhältnisses. Für die systematische Phänomenologie benutzt Przywara sehr geschickt eine Dreiheit von Grundrichtungen des Bewußtseins. In ihnen wurzeln drei religionsphilosophische Typen, ein Typus der Immanenz, entsprechend der Bewußtseinsrichtung der inneren „Einheit der Fülle“ und „Unendlichkeit“, ein Typus der Transzendenz, der der zweiten Bewußtseinsrichtung, der „äußern“ über sich hinausweisenden „Unendlichkeit“ zugeordnet ist, und ein Typus der Transzendentalität, der die dritte Grundrichtung des reinen Strebens widerspiegelt. Man spürt hier eine spekulative Verbesserung der bekannten psychologischen Trias Fühlen, Denken, Wollen. Als Leitmotiv für den Nachweis der spezifisch katholischen Religionsbegründung dient dem Verfasser die sog. „*analogia entis*“, nach der das Geschöpfliche ein Gleichnis Gottes bildet. Überaus treffend ist der viel bemängelte Intellektualismus der katholischen Religionsauffassung motiviert. Die abstrakten Strukturbilder des phänomenologischen Teils finden in dem historischen Teil eine konkrete Ausgestaltung von packender Eindringlichkeit.

Königsberg.

Arnold Kowalewski.

Georg Freudenberg, Grenzen der Ethik. 1927. Leipzig, Felix Meiner. 140 S.

Der Verfasser macht in dieser tiefgründigen Schrift den bemerkenswerten Versuch, zwischen der Szylla des Empirismus und der Charybdis der Metaphysik hindurchzusteuern und für die Ethik nach dem Vorbilde der Prinzipienlehre der modernen mathematischen Naturwissenschaft das ihr eigentümliche Gebiet sicherzustellen. Er hebt mit Recht hervor, daß Kant dem Standpunkt, den er bei der kritischen Grundlegung der Naturwissenschaft eingenommen hat, in der Ethik durch die Wendung zur Metaphysik (freie sittliche Wesen in einer übersinnlichen Welt) untreu geworden ist. Indem sich nun Freudenberg gegen die Aufstellung von „Sittengesetzen“ als konstruktiver apriorischer Elemente der Ethik ausspricht, findet er die richtige Begründung der Ethik in der Annahme einer besonderen sittlichen Funktion des Geistes. So tritt ihm neben die durch die Wissenschaft erforschbare sinnliche Welt eine besondere „Welt“ des Sittlichen, welche in einer eigentümlichen Deutung des Gegebenen unter dem Gesichtspunkt des Sittlichen besteht. Als weitere Reiche nennt er die Kunst und die Religion, die ebenfalls durchaus eigenartige Einstellungen des Menschen zur Wirklichkeit bedeuten. Er betont den Eigenwert des Sittlichen, der in sich selbst ruht, wie der wissenschaftliche Wert der Wahrheit. Er räumt zwar ein, daß die Entstehung des Sittlichen nur aus den Notwendigkeiten des Lebens zu erklären sei, lehnt aber für die entwickelte Ethik jede Beziehung auf außersittliche Tatsachen (Psychologie oder Soziologie) ab. Freudenberg leugnet weiterhin jeden Wertunterschied zwischen Wissenschaft, Ethik, Kunst und Religion, wodurch ihm auch der Widerspruch zwischen ursächlicher Notwendigkeit und sittlicher Freiheit verschwindet. So läßt sich das Sittliche eigentlich nicht definieren, sondern nur erleben, und was mit der Idee des Guten gemeint ist, ergibt sich nur aus der sittlichen Arbeit selbst und ihrer fort-

schreitenden Entwicklung. So ist ihm die Welt der Ethik ein autonomes Gebiet, das sich nur dem erschließt, der schon darin steht; die Grenzen dieses Gebiets sind flüssig und verschieblich.

Die Arbeit des Verfassers zeugt von hohem philosophischen Können und ist die reife Frucht gründlichen Nachdenkens. Es fragt sich nur, ob sie den Tatsachen des sittlichen Bewußtseins ganz gerecht wird. In dieser Beziehung erscheint es immerhin zweifelhaft, ob die Ethik in dem Maße, wie es Freudenberg tut, auf eigene Füße gestellt und aus jeder Beziehung zur Psychologie und Soziologie gelöst werden kann. Auch erscheint bei seiner Auffassung der Sollenscharakter des Sittlichen nicht genügend gewahrt, und die Forderung des Gemüts, die Welten der Wissenschaft, des Sittlichen, der Kunst und der Religion zu einer harmonischen Einheit verbunden zu sehen, bleibt unbefriedigt. Mit diesen Bedenken soll aber der hohe wissenschaftliche Wert des Buches in keiner Weise bestritten werden. Es stellt sich als ein höchst beachtlicher, eigenartiger Versuch der Grundlegung der Ethik dar, welcher um so mehr Erfolg haben wird, als er in einem vorbildlich klaren und geschmackvollen sprachlichen Gewande erscheint, das sein Studium zu einem wirklichen Genusse macht.

Stuttgart.

Landgerichtsdirektor Dr. Weigelin.

Eberhard Friedrich Bruck, o. Prof. d. R. in Breslau. Totenteil und Seelgerät im griechischen Recht. Eine entwicklungsgeschichtliche Untersuchung zum Verhältnis von Recht und Religion mit Beiträgen zur Geschichte des Eigentums und des Erbrechts. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1926. (Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte. Veröffentlichungen des Instituts für Papyrusforschung an der Universität München, herausgegeben von Dr. jur. Leopold Wenger und Dr. phil. Walter Otto, Professoren an der Universität München, Neuntes Heft) 8, XXIV u. 374 S. 22 RM.

Das vorliegende Buch greift in eine ganze Reihe von Wissensgebieten, in die Religionsgeschichte, in die antiken Privataltertümer und wohl noch in eine Reihe anderer ein. Hier soll nur seine Bedeutung für die antike Rechtsgeschichte, in deren Richtung das Hauptziel der Untersuchung liegt, dargestellt werden.

Es ist anscheinend unbestritten, daß die Griechen eine ganz alte Vorstellung vom lebenden Leichnam als Form des Fortlebens nach dem Tode besaßen. Während nun Rohde in seinem bekannten Werk „Psyche“ annahm, daß sich nach Überwindung dieser Anschauungen eine neue Vorstellung ausbildete, die den Toten eine *ψυχή* im Sinne einer Seele (Hauchseele) zuschrieb, ist neuerdings von Walter F. Otto (Die Manen 1923, 24 ff.) gezeigt worden, daß *ψυχή* im Epos das in das Schattenhafte umgesetzte, entmaterialisierte Leben ist, das *εἶδωλον* des Verstorbenen. Neuestens hat dann Bickel in seiner Schrift *Homerischer Seelenglaube* 1926 gezeigt, daß bei Homer, wahrscheinlich aber noch darüber hinaus der Tod als Veränderung aufgefaßt wird, und zwar als Veränderung vom lebenden Menschen zu Hadeswesen, die an und für sich durch das Aufhören der Lebensfunktionen noch nicht bewirkt wird, sondern erst durch die völlige Zerstörung der menschlichen Gestalt, namentlich durch das Feuer.

Dem Herrn Verfasser handelt es sich nun zunächst einmal darum, den griechischen Totenteil, insbesondere in seinem Verhältnis zur Ent-

wicklung des Eigentumsbegriffes und zum griechischen Erbrecht darzustellen. Mit diesem Gegenstande befassen sich die beiden ersten Bücher. Das dritte Buch bespricht Entstehung und Entwicklung der Seelgerätstiftung im griechischen Recht, das vierte die Zusammenhänge der heidnischen Totenkultstiftung mit dem christlichen Seelgerät. Beides, Totenteil und Seelgerät, ist, wie noch zu zeigen sein wird, ganz getrennt zu halten.

Das Buch ist auf einer vollständigen Darlegung des archäologischen und literarischen Befundes gegründet. Man wird sogar in der in diesem Ausmaße noch niemals erfolgten Zusammenstellung der Ausgrabungsergebnisse ein besonderes Verdienst des Verfassers erblicken. Der begriffliche Ausgangspunkt ist die Entwicklung des griechischen Individualeigentums, und zwar an der Fährnis. Der Eigentumserwerb vollzieht sich im wesentlichen und in erster Reihe durch Wegnahme, durch Raub, der als legitimer Erwerb gilt; es ist schon ein Fortschritt in der Entwicklung, wenn der Raub innerhalb des eigenen *δήμος* (Ilias XXIV 261) und von Verbündeten rechtlicher Mißbilligung unterliegt. Abgeleiteter Eigentumserwerb vollzieht sich durch Schenkung und Tausch. Die Terminologie des Verkaufes (*περάω, πέρονημι, πωράσκω*) zeigt noch deutlich die Entwicklung aus dem Raub und die Erinnerung daran; die erwähnten Ausdrücke bedeuten die Fortschaffung des Raubes. Raubgut und Erwerb durch Schenkung wird als *κτήματα* bezeichnet. In einem besonderen Exkurse S. 332 ff. bespricht der Verfasser die germanischen Analogien dazu. Ebenso wie bei den Griechen bilden die Beute namentlich Rüstung und Gewand. Ähnlich wie bei den Römern (Gaius II 69; IV 16) gilt der Selbsterwerb mit Gewalt, namentlich mit dem Speer als der Hauptfall des Eigentumserwerbes. Die Ergebnisse der Eigenproduktion, selbstgezogenes Vieh, selbstgebautes Getreide und Wein sind nicht *κτήμα*, sondern *βίотος*. Jünger ist die Bezeichnung *χρήματα*, die vom Standpunkt des Zweckes aus gewählt ist. Beide Vermögensmassen, *κτήματα* und *βίотος* erschöpfen den Begriff des Fährniseigentums, das in Gegensatz zum Eigentum an Grund und Boden (*οἶκος, δῶμα*), genauer wohl an der Hausstelle tritt. Diese *κτήματα* bilden nun den Totenteil, nicht aber anderes Fährniseigentum; die in diesem Zusammenhang begegnende Wendung *κτερεα κτερίζειν* hängt mit *κτάομαι* in dem erwähnten Sinne zusammen, und bedeutet, „mit dem Erworbenen machen, was sich mit dem Erworbenen gebührt“ (Bruck 87), das heißt den Toten bestatten. Demnach besteht weiter der Totenteil nicht in einer Quote, sondern in einzelnen Gegenständen des Nachlasses; hierher gehören insbesondere die *κόμοιστρα*, die das Recht von Gortin III 37 erwähnt. Der Selbsterwerb, wie er als Grundlage des Totenteiles festgestellt worden ist, bildet auch die Grenze des Verfügungsrechtes unter Lebenden, das sich nur auf *κτήματα αὐτόκτητα* erstreckt.

Das zweite Buch behandelt, wie schon erwähnt, Rückgang und Verfall des Totenteiles, wiederum auf Grundlage der systematisch durchgearbeiteten Ausgrabungen. Zahl und Wert der Beigaben vermindert sich im Laufe der Zeit immer mehr. An Stelle eines Menschen werden Hühner, menschliches Haar oder nackte Tonfiguren, insbesondere Frauen darstellend, geopfert. Hierher gehört auch der Obolos, der dem Toten als Fährgeld für den Totenfergen mitgegeben wird, weiter der Honigkuchen. Die Gründe für den Rückgang des Totenteiles liegen in der Änderung der eschatologischen Vorstellungen, vor allem der Anschauungen über das Recht des Toten auf den Selbst-

erwerb, weiter in der demokratischen, den Gräberluxus bekämpfenden Gesetzgebung.

Das Seelgerät, mit dem sich der zweite Teil der Arbeit beschäftigt, ist keine Fortbildung des Totenteiles. Aus der vom Herrn Verfasser S. 165 ff. vorgelegten Liste ergibt sich, daß das Seelgerät nicht vor dem Ende des vierten, Anfang des dritten vorchristlichen Jahrhunderts, also erst in hellenistischer Zeit auftaucht. Es ist vielmehr eine Weiterbildung des Totenkultes nach der Bestattung. Die Seelgerätstiftung will den Totenkult nach der Bestattung sichern. Das Familieneigentum ist zu dieser Zeit, wie der Verfasser annimmt, im Absterben begriffen, es vermag also im Gegensatz zur Entwicklung in Deutschland dem Seelgerät keinen Widerstand entgegenzusetzen. Träger der zum Seelgerät führenden Entwicklung sind religiöse Strömungen, insbesondere das Beharrungsvermögen gegenüber dem vorherrschenden Skeptizismus, weiter der Individualismus, der zur Sorge um die eigene Seele treibt. Diese Vorstellungen kreuzen sich mit uralten volkstümlichen Anschauungen, wie über den *δαίμων*, die den Drang nach der Sicherung des Seelenkultes durch das Seelgerät stärken. Dieser *δαίμων* des Verstorbenen ist der Adressat des durch die Stiftung gesicherten Seelenkultes. Nach dem Absterben der älteren natürlichen Verbände bilden sich neue künstliche Verbände zur Sicherung des Totenkultes, es werden dazu insbesondere Thiasoi und Orgeonen verwendet. Daher auch die Rolle, die Orgeonenverbände, im Gegensatz zum *γένος* bei Angehörigen vornehmer Häuser, bei der Adoption spielen. Orgeonen und Thiasoi haben im wesentlichen dieselbe Aufgabe wie die Geschlechter, die sie in dieser Beziehung ersetzen. Der Verfasser erinnert an die *collegia funeraticia*, auch *collegia tenuiorum* genannt, und die deutschen Elendbrüderschaften. Auch wird der in Betracht kommende Verwandtenkreis zu einem Verein (*κοινόν*) zusammengeschlossen; in Attika sind allerdings Seelgerätstiftungen in Familienvereinen nicht nachweisbar.¹⁾ Dort schließen sich die Angehörigen der vornehmen Häuser in späterer Zeit in Orgeonen zusammen, welche letztere ursprünglich als Ersatz des Familienverbandes für kleine Leute aufgekommen sind.

Der Herr Verfasser baut diese Feststellungen nunmehr in das System des griechischen Rechtes ein. Das Seelgerät löst das Adoptions-testament ab, weil es eine durchsetzbare Rechtspflicht erzeugt, während der Erblasser bei der Adoption zu Totenkultzwecken die Besorgnis haben muß, daß der Adoptivsohn, geleitet von den skeptischen Auffassungen des Zeitalters, nicht mehr die religiösen Verpflichtungen gegenüber dem Verstorbenen erfüllen werde. Wer als Erblasser auf Erfüllung dieser Verpflichtungen überhaupt keinen Wert legt, trifft eine bloß vermögensrechtliche Verfügung, wie sie uns insbesondere die Testamente auf Papyrus zeigen.

Im griechischen Osten hat das Seelgerät noch in christlicher Zeit nachgewirkt. Die Kirche hat es in das Christentum übernommen. Ursprünglich wurden Agapen, weiter die Eucharistie am Grabe vielfach

¹⁾ Die Vereinsgrabstätten größerer Vereine (dazu soeben E. Ziebarth im Jahresbericht für Altertumswissenschaft 213, 1927, 11, vgl. 5 mit weiterem Schrifttum) gehören nicht hieher und sind vom Verfasser mit Recht hier nicht erörtert worden; es handelt sich auch in der von Ziebarth besprochenen rhodischen Inschrift nicht um einen Familienverein. Übertragung von Seelgeräten an schon bestehende Vereine Bruck 266 ff.

verboten, später notgedrungen geduldet. Die Mahlzeit am Grabe hat sich bei den orthodoxen Slaven und bei den Armeniern bis in die Gegenwart erhalten. Die vergeistigte Form der antiken Totenpflege ist die Seelenmesse. Auch in christlicher Zeit besteht das Bedürfnis, den Seelenkult durch Seelgerät zu sichern. Träger des Seelgerätes werden nunmehr die Klöster. Auch jetzt kann das Seelgerät zugunsten einer anderen Seele errichtet werden. Doch ist die Festsetzung einer Quote des Nachlasses im Interesse des Seelenheiles (gesetzliches Erbrecht der Kirche in den dritten Teil des Nachlasses), wie sie die byzantinische Gesetzgebung kennt, außer Zusammenhang mit dem alten Totenteil. Der Herr Verfasser vermutet sogar einen Zusammenhang der Stiftung des Islam (wakf) mit dem christlich-byzantinischen Seelgerät.

Hier ist nun ein Punkt, wo die Tragweite der Darlegungen des Herrn Verfassers bis in das germanische Recht hinüberreicht. Es handelt sich um das Seelgerät in Deutschland. Die herrschende Lehre ging bisher dahin, daß sich hier das Seelgerät aus dem Totenteil entwickelt habe. Es wird nun dargetan, daß dies keineswegs richtig ist. Es handelt sich vielmehr um die kirchliche Rezeption des antiken Seelgerätes. Dies ist der Weg, auf dem das Seelgerät in das germanische Recht eingedrungen ist. Die Beweisführung des Herrn Verfassers erscheint dem Berichterstatter durchaus zwingend. Naturgemäß gehört dies in den weiteren von Dopsch zur Erörterung gestellten Fragenkomplex nach der Fortdauer der antiken Einrichtungen im Mittelalter überhaupt.

Damit schließen die bedeutenden Darlegungen des Verfassers. Stets quellenmäßig begründet, verbinden sie Scharfsinn mit Tiefe und bedeuten für die behandelten Fragen darüber hinaus für das Gesamtgebiet der Rechtsgeschichte einen sehr erheblichen Fortschritt. Weiter zeigen sie die rechtlichen Einrichtungen in engem Zusammenhang mit dem Gesamtbilde des Menschen und geben dadurch eine umfassende Darstellung einer bestimmten Seite des menschlichen Geisteslebens durch Jahrhunderte des Altertums und des Mittelalters.

Prag.

Prof. Dr. Egon Weiss.

The Jurisprudence of Holland by Hugo Grotius. Text Translated with brief Notes and a Commentary by R. W. Lee D. C. L. Rhodes Professor of Roman-Dutch Law etc. Vol. I. Oxford 1926.

Eine neue Edition der von Grotius für den Unterricht seiner Söhne verfaßten „Inleiding tot de Hollandsche Rechts-geleertheit“, die den Vorzug hat, daß sie außer dem englischen auch den holländischen Text gibt. Der 2. Band wird einen ausführlichen, systematischen Kommentar enthalten, dem die älteren Kommentare zugrunde gelegt werden sollen.

New York.

Dr. Rudolf Heberle.

Erich Rothacker, Prof. Dr. in Heidelberg, **Logik und Systematik der Geisteswissenschaften.** Im Handbuch der Philosophie. 6. und 7. Lieferung. München und Berlin (Oldenbourg), 1926. 171 S.

Der Vf. hält an der alt eingebürgerten Bezeichnung Geisteswissenschaften fest, nimmt aber auch zu abweichenden Auffassungen (auch sachlicher Natur) ausführlich Stellung (S. 12, 15/6). Mit Recht betont er, daß hinter allem Methodenstreit tiefe philosophische Gegensätze stehen. Er selbst geht nicht den Weg der systematischen Konstruktion von der

Philosophie aus, sondern wählt den Ausgang von den Geisteswissenschaften, und zwar speziell von der Geschichtsphilosophie, um von hier aus zu der Philosophie überhaupt zu gelangen. Hiergegen möchte ich einwenden: Für die Forschung mag sich dieser Ausgang von einer exakten Wissenschaft empfehlen; ich halte ihn sogar bei unserem gegenwärtigen Stande der Wissenschaften, und insbesondere der Philosophie, für den besten. Dagegen liegt logisch das prius in der Philosophie; mit ihr hat also das „System“ zu beginnen. Der sachlich systematische Ausgang bestimmt aber die Signatur des ganzen Werkes. Wer von der Geschichte ausgeht, kann nur mit Mühe den historisierenden Charakter, mit dem das Werk angelegt ist, überwinden. Wir werden sehen, daß auch unser Autor kein System der Geisteswissenschaften bietet, sondern gewissermaßen nur einen logischen Historismus, eine Betrachtung alles kulturellen Lebens unter geschichtsphilosophischem Grundgesetz. Das ist natürlich kein Vorwurf; ein solches Unternehmen ist zu begrüßen und das vorgelegte Werk anzuerkennen. Aber es ist ein einseitiges geschichtsphilosophisches Gebäude, kein allumfassendes System der Geisteswissenschaften.

Der Verf. entwirft nunmehr unter teilweisem Einfluß von Dilthey fünf Weltanschauungen, die nach seiner Ansicht für die Methode von Bedeutung sind: 1. den dualistischen Idealismus (Kant), 2. den Naturalismus, 3. den objektiven Idealismus (Hegel), 4. den reinen Subjektivismus, 5. den Gegensatz von Rationalismus und Irrationalismus. Gewiß kann man so unterscheiden; ich kann mir aber Wissenschaftslehren vorstellen, die unter mehrere, wenn nicht gar unter alle dieser Typen fallen. Das erkennt bis zu einem gewissen Grade auch unser Autor an, wenn er — wiederum nicht systematisch, sondern historistisch eingestellt — einen „Kreislauf der Weltanschauungen“ gewahrt (S. 66/7, 77), von dem aus sich alsdann diese auf den ersten Blick vielleicht etwas seltsam anmutende Aufstellung durchaus rechtfertigt.

Nach diesen „weltanschaulichen Kategorien“ entwirft er die „geisteswissenschaftlichen Methoden“ (S. 78 ff.). Er hat wohl mit seiner Ansicht recht, daß der Entwicklungsbegriff nicht mehr im Vordergrund des Interesses der Geisteswissenschaften steht, obwohl man gerade von einem Geschichtsphilosophen eine andere Meinung erwarten sollte. Dem Verf. ist auch darin zuzustimmen, daß er die organische Theorie für noch immer beachtlich hält (vgl. S. 85). Gut spricht er über den Wert der vergleichenden Methode; prinzipielle Bedeutung gewinnt diese neuerdings auch in der Rechtswissenschaft beliebte Methode erst dann, wenn sie nicht mehr auf Unterschiede, sondern auf Gemeinsamkeiten hin vergleicht, denn dann stehen wir vor einer Methode genereller Wesensforschung. Aus der Vergleichung der Entwicklungsgesetze kann man schließlich Aufschlüsse normativen Charakters gewinnen. Somit wird der Aufstieg zur Sozialphilosophie vollzogen, den niemand freudiger begrüßt als der Ref.

Geisteswissenschaftlich auch durchaus richtig gesehen ist die Bedeutung des Begriffs des Fruchtbaren, dessen Verbindung mit dem Begriff des Lebens den Angelpunkt für den nunmehr am Schluß einsetzenden synthetischen Aufbau ergibt (S. 113). Der Verf. sieht die Aufgabe darin, die Geistesgeschichte zu verstehen (Gegensatz: erklären; vgl. S. 119 ff. unter guter Auseinandersetzung mit Natorp). M. E. ist das Verstehen zwar die Methode für die „beschreibenden Wissenschaften“, unzureichend aber für die normativen, etwa die Rechtswissenschaft (der Jurist hat nicht nur zu verstehen, sondern auch zu

werten). Um das „Ganze“ (wiederum ein hoch beachtlicher Begriff) zu verstehen, sind aber mehrere Standpunkte möglich (S. 133, 137). Jedes Erkennen wie Schaffen ist auf eine bestimmte Weltanschauung zurückzuführen (144). Dieser Relativismus, zu dem sich unser Autor mit Recht bekennt, hat aber nach ihm nicht die ihm oft nachgesagte zersetzende Wirkung (149); vielmehr erhebt sich über der Relativität der Weltanschauungen die Einheit der Vernunft (160, 163, 168, 171). Somit gelangt der Verf. zu einem den Historismus systematisierenden Logismus; und damit wird er der sich selbst gestellten Aufgabe gerecht.

Das auch wertvolle literarische Auseinandersetzungen enthaltende Buch werden auch Rechtsphilosophen mit Gewinn studieren. Zu wünschen wäre ein Register, zum mindesten ein Sachregister.

Königsberg.

W. Sauer.

René Worms. Die Soziologie, Wesen, Inhalt und Beziehung zu anderen Wissenschaften. Aus dem Französischen übersetzt von Nellie Mombert. Mit einem Nachwort über die organische Staats- und Gesellschaftslehre von Gottfried Salomon. In: Brauns Kleine Handbücher. Karlsruhe (G. Braun), 1926. 143 S.

Es ist sehr zu begrüßen, daß hier die Gesellschaftslehre des angesehenen französischen Soziologen, des Politikers und Organisations (1869—1926), einem weiten Leserkreis zugänglich gemacht wird. Kein schöpferischer, sondern mehr ein enzyklopädischer Geist, gibt er, wie das Vorwort des Herausgebers treffend hervorhebt, einen guten Überblick über die vorhandenen soziologischen Richtungen und wirkt insofern hervorragend pädagogisch. Der Untertitel des Buches zeigt zugleich die Dreiteilung des Systems an; vielleicht wäre ein systematischer Aufbau glücklicher und jedenfalls logisch folgerichtiger gewesen, wenn aus den „Beziehungen zu anderen Wissenschaften“ das eigene „Wesen“ der Soziologie entwickelt wäre.

Nach dem Vf. ist die Soziologie nicht eine Kunstlehre, d. h. sie ist nicht auf Verbesserung des sozialen Lebens gerichtet; aber es wird doch mit Recht die mittelbare Wirkung der Soziologie anerkannt. „Nur derjenige, welcher das soziale Leben genau erforscht hat, ist tatsächlich imstande, eine weite und tiefe Einwirkung auf es auszuüben“; und ferner wird der „erzieherische“ Wert der Soziologie betont. Insofern geht sie eben in die (methodisch von ihr verschiedene, normative) Sozialphilosophie über. Deswegen kann man dem (auch auf dem ersten deutschen Soziologenkongreß getätigten) Bestreben, aus der Gesellschaftslehre Werturteile peinlichst auszuschneiden, nur bedingt zustimmen; die Sozialethik, Sozialpädagogik und Sozialpolitik sind nur als wertende Disziplinen möglich, aber sie setzen eine wertfreie, lediglich beschreibende Gesellschaftslehre, d. i. die reine Soziologie voraus. Nur in der Form, nicht in der Sache ist unser Autor anderer Ansicht. Manches in seinen Ausführungen läßt sich allerdings auf die wissenschaftliche Lage der deutschen Soziologie nicht übertragen; so wenn er zwei Auffassungen von der Soziologie als „Allgemeinwissenschaft von den Gesellschaften“ für möglich hält: einmal als Wissenschaft der allgemeinen Gesichtspunkte, und sodann als eine die Einzelwissenschaften zusammenfassende Wissenschaft. Die zweite (enzyklopädische) Auffassung ist für uns heutzutage (angesichts der spezialisierenden und konzentrierenden Tendenz aller Wissenschaften, auch der rein philosophischen) überhaupt nicht mehr diskutabel. Der eigenen Ansicht des Vf. darf aber im ganzen zugestimmt werden (gut S. 14: „Die Soziologie

wird sich um so willigere Aufnahme sichern, je mehr sie ihre Ansprüche herabsetzt“). Dagegen geht es wohl etwas zu weit, in der Soziologie die „Philosophie der sozialen Wissenschaften“ zu sehen (S. 15); die deutsche Wissenschaft wird in solcher Auffassung eine ungerechtfertigte Verdrängung der Ethik, der Geschichts- und der Kulturphilosophie erblicken. Ob sie den gegenwärtigen wissenschaftlichen Tendenzen in Frankreich entspricht, will ich nicht entscheiden. Viel zu spät wird (nach logisch-systematischem Vorgehen) die Methodenfrage erörtert (vgl. etwa S. 64, 74). Gut behandelt ist die Auseinandersetzung zwischen Tarde und Durkheim (S. 22, 24) unter dem Kapitel über „soziale Grundtatsachen“. Zu loben ist auch die versöhnende, einen Ausgleich anstrebende, zur Einheit vordringende Tendenz des Vf. aus Gründen der Toleranz wie aus wissenschaftlichen Bedürfnissen, die nach Einheit und System verlangen (vgl. S. 24, 36/7). Um so bedeutungsvoller war daher die Aufgabe, soziale Gesetze herauszuarbeiten; der Vf. hat sie in Angriff genommen (S. 74 ff.), die Lösung kann nicht ganz befriedigen. Er unterscheidet drei Arten: geschichtsphilosophische Gesetze (d. s. überhaupt nicht „soziologische Gesetze“), dynamische und kinematische Gesetze. Zu der zweiten Gruppe rechnet er das Gesetz des geringsten Kraftaufwandes (d. i. richtig, es ist das bekannte ökonomische Gesetz), das Gesetz der Nachahmung (im Anschluß an Tarde; sozialpsychologisch beachtlich) und das Gesetz der Begrenzung (es läuft m. E. auf soziologische Geltung hinaus). Zu der dritten Gruppe werden wiederum Entwicklungsgesetze gerechnet, die m. E. z. T. kulturhistorischen Charakter tragen, z. T. sich mit den von Tönnies und mir aufgestellten Gesetzmäßigkeiten berühren (Zug von der Horde über die Gemeinschaften [mit „nivellierenden“ Tendenzen] zur freien Gesellschaft; auch wird hier die Kulturgemeinschaft als Normziel anerkannt). In den Gesetzmäßigkeiten offenbart sich Grundüberzeugung des Autors und Gehalt seiner Arbeit. — Auf das wertvolle Nachwort sei nachdrücklich hingewiesen, es wird viele Mißverständnisse, die man der organischen Staats- und Gesellschaftslehre entgegengebracht hat und leider noch wiederholt entgegenbringt, auf das richtige Maß von Einwendungen zurückführen. Die Darstellung ergibt sich aus dem Rahmen der Worms'schen Soziologie und rundet zugleich die organische Lehre überhaupt zu einem einheitlichen Ganzen ab. Mit Recht wird betont, daß Schäffle die biologische Analogie nur zur Veranschaulichung benutzt. Es wird ausgeführt, daß man die Geschichte der Überwindung des Naturrechts in Frankreich und die Abstreifung aller Romantik (in Frankreich: des Individualismus) als einen Zug vom Consensus zur Solidarität bezeichnen kann.

Königsberg.

W. Sauer.

Franz von Baaders Schriften zur Gesellschaftsphilosophie, herausgegeben von **Johannes Sauter**. Mit drei Tafelbildern. Sammlung Herdflamme. Band 14. Klein 8°. Verlag Gustav Fischer, Jena. X. S. 938 S.

Mit der Herausgabe von Baaders gesellschaftsphilosophischen Schriften ist ein Gedankengut zutage gefördert worden, das sich bei näherem Zusehen nicht nur als Fortsetzung früheren idealistischen Denkens erweist, sondern besonders durch seine Gedankentiefe und Beziehung zu allen Gebieten sozialen Lebens ausgezeichnet ist. Für Baader sind die Auswirkungen des gesellschaftlichen Lebens kein Nebeneinander, sondern ein In- und Füreinander (S. 570 ff.). Zwischen

den einzelnen Bereichen Religion, Philosophie, Kunst und Wissenschaft, Kirche und Staat und Wirtschaftsleben bestehen innigste Beziehungen (S. 779). Die Grundlage des Gesellschaftslebens ist die Religion. Durch diese Grundauffassung ist die ganzheitliche Natur der Gesellschaft gewahrt (S. 784 ff.).

Es darf uns bei dieser unübersehbaren Gedankenfülle Baaders nicht wundern, daß seine Lehre auf Kosten ihres allumfassenden Charakters der systematischen Geschlossenheit entbehrt. Hier Wandel geschaffen zu haben ist nun das große Verdienst Sauters. Er hat in die unübersehbare Mannigfaltigkeit der Baaderschen Gedankenblitze System zu bringen versucht. Das restlose Gelingen dieses Unternehmens wird durch den Umstand bewiesen, daß es dem Herausgeber möglich wurde, dabei den Zentralgedanken Baaderschen Denkens herauszuarbeiten (S. 496 ff.). Es ist der Gedanke, daß die Mannigfaltigkeit des sozialen Lebens, wie des Lebens überhaupt, Erscheinung des Einen, des Göttlichen ist (S. 656, 657). Dadurch wird Baaders Lehre nicht nur in die vorderste Reihe der idealistischen Gesellschafts- und Staatsphilosophen gestellt, sondern trotz der formalen Systemlosigkeit eine inhaltliche Einheit geschaffen.

Die Staats- und Wirtschaftstheorie kann nunmehr an Baader nicht mehr achtlos vorübergehen. Insbesondere die geistvolle Gegenüberstellung von Revolution und Evolution (S. 264 ff.) und der Begriff der Argyrokratie (S. 327) bringt viel zum Verständnis der Dynamik im Staats- und Wirtschaftsleben und zur Erkenntnis des Wesens des „modernen Kapitalismus“ bei.

In Anbetracht der Fülle des zu bewältigenden Stoffes ist das Baaderbuch Sauters ein Kunstwerk seiner Art. Die drei Hauptteile des Werkes sind: A. Schriften zur Gesellschaftsphilosophie, B. Philosophischer Anhang, C. Lebensbild und Systematik. Den Hauptteilen ist ein reichhaltiger Anmerkungsteil, ein Schriften-, Namen- und Sachverzeichnis angegliedert. Hierdurch wird ein rasches Zurechtfinden in dem umfangreichen Werke ermöglicht.

Die Persönlichkeit Baaders wird uns durch Beilage von durch Sauter entdeckten Bildern Baaders nahe gebracht. Durch die Mitbehandlung des Lebens und Wirkens von Josef Baader, des Bruders des Sozialphilosophen, macht der Herausgeber den Leser mit einem der bedeutendsten Männer der Frühzeit des deutschen Eisenbahnwesens bekannt.

Wien, April 1926.

Dr. Viktor Guttman.

Hans Lorenz Stoltenberg, Privatdozent für Sozialpsychologie und allgemeine Soziologie in Gießen, Soziologie als Lehrfach an Deutschen Hochschulen. Mit einem Vor- und Nachwort von Ferdinand Tönnies.

Die kleine Schrift behandelt in ihrem ersten Teil die Aufgaben der Soziologie, in ihrem zweiten deren akademische Vertretung.

Nach den Aufgaben unterscheidet Stoltenberg die formale Soziologie in einer allgemeinen und einer speziellen Form und die Universalsoziologie, die teils im Sinne der materialen Geschichtsphilosophie, teils wohl mehr als enzyklopädische Zusammenfassung (Arbeitszusammenfassung) des historischen Einzelwissens gedacht ist. Im letzteren Fall bleibt allerdings die Frage, ob es sich hier um eine selbständige Wissenschaft oder nur um eine besondere, vereinheitlichende Form der Darstellung, also nicht um eine Erkenntnis-, sondern um eine

Bildungsangelegenheit handelt. Nicht erwähnt ist die Durchdringung der einzelnen historischen Disziplinen mit der soziologischen Denkweise — dasjenige was Kantorowicz als Sozialhistorie und Sozialtheorie bezeichnet. Der letztere führt beide Teildisziplinen an in einer Studie über den Aufgabenkreis der Soziologie in der Gedenkschrift für Max Weber. Sie scheint mir den Gegenstand tiefer zu erfassen, als es St. im Anschluß an Tönnies gelungen ist; ebenso Spangers Besprechung der genannten Gedenkschrift in Schmollers Jahrbüchern (Bd. 49 S. 1379 f.).

An den Hochschulen fordert St. mit Recht eine selbständige Vertretung des Faches und bezeichnet es als einen ungenügenden Zustand, wenn lediglich Vertreter einzelner Wissenschaften zugleich die Soziologie ihrer Disziplin vertreten. Mit der Errichtung einer Anzahl von Lehrstühlen ist die Angelegenheit praktisch ja bereits in diesem Sinne entschieden. Nicht behandelt hat St. leider die Frage nach der Abgrenzung der Lehraufträge: ob die Soziologie allein oder die Soziologie in Verbindung mit andern Wissenschaften (wie in Köln) gelehrt werden soll. Tatsächlich scheint mir ein Lehrstuhl ausschließlich für Soziologie ebenso bedenklich zu sein, wie etwa ein solcher ausschließlich für Ästhetik. Eine so junge und unfertige Disziplin gewährt nicht genug Spielraum für eine volle Kraft und bedarf deswegen der Verbindung mit „fertigen“ Disziplinen, um einen akademischen Lehrer voll auszufüllen.

Berlin.

A. Vierkandt.

Karl Groos, o. Prof. in Tübingen, *Naturgesetze und historische Gesetze*. Ein Vortrag. Tübingen (Osiander), 1926. 22 S.

Wissenschaftlich arbeiten heißt gesetzmäßig denken. Die Aufgabe der Wissenschaft hat man demgemäß von je darin gesehen, das Gesetzmäßige herauszuarbeiten, zu höheren und immer höheren Gesetzen aufzusteigen. Deshalb hat die Naturwissenschaft lange als die „exakte“ Wissenschaft gegolten und wurden die historischen nicht als ebenbürtig angesehen. Das Problem der Geschichte wurde nicht gelöst, sondern im Gegenteil verschärft, als Rickert und sein Kreis historische Gesetze leugnete und gerade in dem Individuellen, dem Nicht-Gesetzmäßigen das Unterscheidungsmerkmal der Geschichtswissenschaft gegenüber den Naturwissenschaften erblickte. Kompliziert wurde die Frage um so mehr, als Simmel ein Gesetz des Individuellen aufstellte, das als ein Widerspruch in sich erscheinen mag. Ich selbst suchte wiederholt historische Gesetze (wie es Gesetze auch für die Soziologie und die Rechtsphilosophie gibt) zu erkennen und hiermit den Wissenschaftscharakter der Geschichte nachzuweisen. Mit allen diesen Fragen befaßt sich der vorliegende gedankenreiche, dem Kantforscher Erich Adickes gewidmete Vortrag des bekannten, namentlich auf dem Gebiet der Ästhetik und der Psychologie hervorgetretenen Philosophen. Zu den feinsinnigen Einzelheiten und den zahlreichen kritischen Auseinandersetzungen kann hier nicht Stellung genommen werden; das Eigenartige der vorgetragenen Ansicht dürfte darin bestehen, daß der Vf. die populäre Auffassung von der Strenge der Naturgesetze einer auflockernden Kritik unterzieht und sein Problem analysiert, indem er es unter drei Gesichtspunkten behandelt: 1. Existenz und Feststellbarkeit von Gesetzmäßigkeiten; 2. Idealgesetze und Gesetze des wirklichen Geschehens; 3. Gesetze des Gesamtgeschehens und Einflussfaktoren im Gesamtgeschehen. Während die erste Frage auf die Erkenntnistheorie,

die dritte auf die Soziologie zurückführt, scheint mir die zweite den Gegensatz von beschreibenden und normativen Wissenschaften aufzurollen; jedenfalls möchte ich „Idealgesetze“ im Sinne unseres Autors als Gesetze des sozialen Sollens, also als Normen der Sozialphilosophie verstehen. Im übrigen müssen wir auf die kleine, anregende Schrift selbst verweisen.

Königsberg.

W. Sauer.

Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts.

Herausgegeben von **Léon Duguit** (Prof. in Bordeaux), **Hans Kelsen** (Prof. in Wien), und **Fr. Weyr** (Prof. in Brünn). Redaktion: Jaromir Sedlacek (Prof. in Brünn). Brünn (Rudolf M. Rohrer), 1926. Heft 1. 88 S.

Die neue Zeitschrift will sich nicht mit Rechtsphilosophie befassen, wie das Vorwort sagt, da es das Problem der Gerechtigkeit, des richtigen, gerechten, natürlichen oder absoluten Rechts nicht in den Kreis seiner Erörterungen ziehen will; es wird „dahingestellt bleiben müssen, ob dieses Problem überhaupt wissenschaftlich lösbar ist.“ Die „Theorie des Rechts“ soll nur die Fragen behandeln nach dem Wesen des Rechts, seinem Verhältnis zum Staat und zur Gesellschaft, nach den Grundbegriffen und Methoden der Rechtserkenntnis, den prinzipiellen Beziehungen zwischen den einzelstaatlichen Rechtsordnungen sowie zwischen nationalem und internationalem Recht. Ob eine solche Rechtslehre, die sich bewußt von einer Erörterung über das Ziel des Rechts abschließt, wie es doch die Gerechtigkeit darstellt, sich als fruchtbar erweist, wird die Zukunft lehren. — Das erste Heft enthält Beiträge teils in deutscher, teils in französischer, teils in italienischer Sprache von Kelsen, Bonnard, Maggiore, Pitamic, Miceli und Weyr.

Königsberg.

W. Sauer.

Max Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht. Akademische Antrittsrede. (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr. 41.) Tübingen, J. C. B. Mohr, 1926. 30 S.

Der anregende und klare Vortrag unterscheidet mit interessanten, wenn auch teilweise anfechtbaren Einzelausführungen (so über Handlungseinheit, Kausaltheorien, Rechtswidrigkeit) drei Arten von Tatbestandsmerkmalen, die unter sich durch Übergänge und „Strukturverschlingungen“ verbunden seien: Faktische, der realen Erscheinungswelt entnommene Begriffe, normative Begriffe spezifisch juristischer Art, die anderen Rechtsgebieten entnommen sind, wie etwa die Fremdheit einer Sache, und allgemein normative, die dem Richter ein Werturteil auf außerjuristischer Grundlage, seiner allgemeinen Lebenserfahrung oder Weltanschauung überantworten. (Der Mittelgruppe wären m. E. auch die dem Strafrecht selbst angehörenden Begriffe, wie der der „strafbaren Handlung“, als Tatbestandsmerkmal von Hehlerei und Begünstigung zuzurechnen, und sie ließe sich ihrerseits wieder in ihre faktischen und normativen Elemente auflösen.) Aus dieser Erkenntnis folge die Einsicht in die „Problematik der Gesetzesbestimmtheit“ und weiterhin insbesondere die Forderung einer „vertieften und erweiterten Anwendung der in der Revision liegenden Garantien für eine gleichmäßige Rechtsanwendung“. Im Anschluß an Stein und Mannheim

und entsprechend der Praxis der Zivilsenate des Reichsgerichts, der die Strafsenate nur zögernd und schwankend folgten, will Verf. alles, was über Feststellung des Tatsächlichen hinausgeht, insbesondere alle jene allgemein normativen Elemente, auch soweit sie mit Konkret-Tatsächlichem verknüpft sind („geringe Menge“, „unbedeutender Wert“, „unlautere Machenschaft“), auch Erfahrungssätze, wie die Anschauungen über Christian Science und Liebestränke, der revisionellen Nachprüfung unterstellt wissen. Er betont endlich die Wichtigkeit jener Erkenntnis für den Unterricht im Prozeßrecht und ihre tiefe Bedeutung für den Richter, ausmündend in die Forderung L a u n s : „Klarheit über die Grenze zwischen Objektivem und subjektiv Bedingtem.“ All das im hohen Grad beachtenswert. Wenn aber Verf. es im Vorwort als die weitere theoretische Aufgabe bezeichnet, die Grenze zwischen faktischen und normativen Elementen der juristischen Begriffsbildung im einzelnen festzustellen, so müssen sich m. E. damit noch andere verbinden: Zunächst einmal eine feinere Unterscheidung zwischen jenen als normativ bezeichneten Elementen. Mir will scheinen, es sei dies mehr ein Sammelname für alle nicht faktisch, richtiger gesagt, nicht eindeutig bestimmten Bestandteile eines Satzes, und schließe sehr Verschiedenartiges in sich, so neben Quantitätsbegriffen und denen, die auf außerjuristische Bewertung, wie durch Ethik, Sitte und Verkehr verweisen, auch solche, durch die der Gesetzgeber, statt positives Recht zu schaffen, es dem Richter überläßt, ein inhaltlich gar nicht näher zu bestimmendes „richtiges Recht“ zu finden — sehr beachtlich hierüber Graf zu Dohna, Der neueste Strafgesetzesentwurf im Lichte des richtigen Rechts, 1926 —, wie auch solche, deren Unbestimmtheit schlechthin auf technische Unzulänglichkeit zurückzuführen ist. Und so ergibt sich als weitere Aufgabe, die Gründe zu erforschen, die den Gesetzgeber bewußt oder unbewußt zur Wahl jener normativen Elemente veranlassen, und diese Gründe auf ihre Berechtigung zu prüfen. Denn jene technischen Unzulänglichkeiten können unvermeidbar oder auch vermeidbar sein, die Verwertung des normativen Elements ebenso wohl das bewußt gewählte Mittel zu einem feineren, in seiner Feinheit nicht starr zu fixierenden und daher vom Richter dem Einzelfall anzupassenden Recht darstellen als ein unbewußtes Versagen gegenüber dem zu bearbeitenden Stoff. Und diese kritische Aufgabe scheint mir in Zeiten des Entwurfs besonders vordringlich. Denn auch darüber muß man sich klar sein: Für die Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung, überhaupt für die Funktion des Rechts als Richtlinie menschlichen Handelns sowohl wie richterlichen Urteilens ist die auch in denkbarstem weitem Umfang zugelassene Revision eines unbestimmten Gesetzes nur das sehr unvollkommene Surrogat eines bestimmt und eindeutig sprechenden Gesetzes (vgl. z. B. die Ausführungen S. 9 über die schwankende, eigentlich kasuistische revisionsgerichtliche Auslegung der „berechtigten Interessen“). Und was an Elementen und Bestandteilen der Rechtssätze subjektiv bedingt im eigentlichsten Wortsinn ist, das müssen auch die Revisionsgerichte, wenn sie es nicht im Interesse gleichmäßiger Rechtsanwendung objektivieren, vertypen und damit seinem Sinn und Wesen entfremden wollen, dem subjektiven Ermessen des Tatrichters und damit der Ungleichmäßigkeit und Unberechenbarkeit überlassen.

Halle.

F. Kitzinger.

August Wimmer, Über die Bestrafung triebhaften Handelns. Ein Beitrag zur psychologischen Vertiefung strafrechtlicher Grundbegriffe. Z. f. Strafrechtswissensch., 47. Bd., S. 101-136.

Ausgehend von den (experimentalpsychologisch sehr verdienstvollen) Arbeiten O. Löwensteins unterscheidet Verfasser zwischen Aktionen (Willenshandlungen), zu denen er die Willkürhandlungen und die Triebhandlungen rechnet, und reaktiven Bewegungen, zu denen die Reflexbewegungen, Ausdrucksbewegungen, Instinktbewegungen und automatischen Bewegungen gehören. Die Triebhaftigkeit der Handlung eines Gesunden beschränke nicht die Zurechnungsfähigkeit, sei aber für die Frage, ob die erforderliche Schuldform oder ein vom Gesetz verlangtes besonderes subjektives Tatbestandsmerkmal vorliegt, relevant; dieser wichtige Unterschied in der Fragestellung werde, wie Verfasser glaubt, bisher nicht genügend auseinandergehalten. Das der Arbeit zugrunde gelegte Musterbeispiel (ein vollverantwortlicher Hysteriker fällt, lediglich um wie ein Schwerkranker bemitleidet zu werden, unter Manifestation heftiger Erregung über eine andere Person her und mißhandelt sie) bietet jedoch ein vom Verfasser selbst heraufbeschworenes „scheinbares Dilemma“, das dann „gelöst“ wird, nur durch die Behauptung, daß hier die Bewegung des Täters „selbst schon die Körperbeschädigung darstellt“ (!). In Wahrheit ist die vorliegende Situation dem Juristen keineswegs „ganz ungewohnt“, sondern läßt sich mit den üblichen Begriffen von Vorsatz und Fahrlässigkeit leicht lösen, was schließlich ja auch Verfasser tut. Wenn er Triebhandlungen als solche Willenshandlungen definiert, bei denen eine hemmende Wertvorstellung fehlt, feststellt, daß zur „Überiegung“ klare Erwägung abhaltender Beweggründe gehört, und daraus folgert, daß Mord nicht durch Triebhandlung begangen werden kann; wenn er weiter als ungeordnete Triebhandlungen solche definiert, bei denen die „Einsicht in deren unmittelbare sachliche Bedeutung, die den objektiven Tatbestand eines Strafgesetzes darstellt, fehlt“, und daraus folgert, daß bei ungeordneten Triebhandlungen vorsätzliche Begehung ausgeschlossen ist, so sind das recht selbstverständliche Schlüsse ex definitione. Nach wie vor kommt es auf eine entsprechende „psychologische Analyse der Tat“, also auf eine Beweisfrage hinaus, und des Verfassers Anregung, diesen Beweis durch die „Methoden und Hilfsmittel einer modernen Psychologie“ zu vertiefen, ist gewiß dankenswert. Alles in allem: ein wertvoller Beitrag zur Psychologie der menschlichen Handlungen und Bewegungen und ihrer Beziehung zum Strafrecht, aber materiell-strafrechtlich nichts Neues, am allerwenigsten eine „Durchbrechung der alten strafrechtlichen Denkbahnen“, wie die Einleitung erwarten läßt.

Graz.

Privatdozent Dr. Ernst Seelig.

Der Gütegedanke im Recht. (Gedanken für Freunde einer veredelten Rechtspflege.) Von Felix **Joseph Klein**, Rechtsanwalt. Bonn 1926. Bonner Universitätsbuchdruckerei Gebr. Scheuer. 16 S. Preis geh. 50 Pf.

Diese kleine, aber außerordentlich inhaltsreiche und gedankentiefe Schrift des bewährten Vorkämpfers der Rechtsfriedensbewegung läßt uns die außerordentliche Bedeutung der Güte und „ihre erhabene Gestalt als Zwillingsschwester des Rechts“ besonders klar erkennen. Mit vollstem Recht betont der Verfasser, daß jedes Güte-Sühneverfahren, wie es endlich die Notverordnung vom 13. Februar 1924 über das Ver-

fahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in amtsgerichtlichen Prozessen zwingend vorgeschrieben hat, zu seiner vollen Auswirkung zweierlei verlangt, nämlich zuvörderst einen Leiter, dem ein Herz für den Friedens- und Gütegedanken schlägt und ferner ein rechtsuchendes Publikum, dem Güte und Rechtsfriede nicht lebensfremde Begriffe sind, sondern warmherzig empfundene Dinge. Der Jurist muß schon von Anfang an dazu erzogen werden, in der Erhaltung des Rechtsfriedens, des billigen Ausgleichs und der Vorbeugung gegen Rechtskampf und Rechtsbruch den „wichtigsten und ersten Gesichtspunkt“ seiner Tätigkeit zu erblicken. Er muß, um in diesem Sinne erfolgreich tätig zu sein, ein guter Psychologe sein und über feinen Herzenstakt wie Menschenkenntnis verfügen. Durchaus zutreffend erklärt Klein die Schlichtungskunst als die größte Kunst des Rechtslebens. Freilich ist sie, wie wir hinzufügen möchten, nicht so sehr eine Sache der Erziehung als der glücklichen Veranlagung. Noch längst nicht jeder gute Streitrichter ist auch ein glücklicher Schlichter. Weiter aber bedarf es auch der systematischen Erziehung des einzelnen und des ganzen deutschen Volkes zum Rechtsfrieden- und Sühnegedanken. Haus, Schule und Kirche haben hier ungemein wichtige und dankbare Aufgaben zu erfüllen. Die Schrift verdient weiteste Verbreitung und ernste Beachtung.

Kiel. Oberlandesgerichtsrat Dr. jur. u. phil. **Bovensiepen**.

Richard Finger, Die Kunst des Rechtsanwalts. Dritte Auflage. Berlin, Struppe & Winckler. 1926.

Der anspruchslose Titel läßt vermuten, daß hier ein Rechtsanwalt den Jüngern seines Berufs dessen technische Fertigkeiten lehren will. Dem ist nicht so. Der Verfasser gibt eine systematische Darstellung der besonderen Berufspflichten des Anwalts. Er ordnet sie geschickt nach drei großen Gesichtspunkten: die Treupflicht gegenüber dem Recht, die Treupflicht gegenüber dem Klienten und die Treupflicht gegen den Kollegen, und bestimmt ihr Verhältnis zueinander dahin, daß die Treupflicht gegenüber dem Recht den Vorrang vor der Treue gegen den Klienten und gegen den Kollegen und wieder die Treupflicht gegenüber dem Klienten den Vorrang vor der Treue gegen den Kollegen hat. Das inhaltsreiche Buch ist namentlich dem jungen Anwalt zu empfehlen. Er kann aus ihm entnehmen, welche strenge Anforderungen der Ehrengerichtshof für Rechtsanwälte an die Mitglieder des Anwaltsstandes stellt, und wird dann manches vermeiden, was er noch harmlos für erlaubt oder gar für sachlich geboten gehalten hat.

Zu den Einzelheiten des Buchs kann hier nicht Stellung genommen werden. Besondere Beachtung verdient jedoch die Kritik, die der Verfasser an der Technik unserer Gesetze übt. Es ist ein hübsches Wort, wenn er sagt, daß unsere Gesetze sich eigentlich nur an das Verständnis von Reichsgerichtsräten wenden, da alle niederen Juristen sich täglich in ihrem Verständnis irren. Die Vorschläge, die der Verfasser zur Abstellung dieses Übelstandes macht, sind aber wohl nur teilweise geeignet, hier zu bessern. Seine Forderung, daß jedes Gesetz wie ein Lehrbuch des Rechts die leitenden Hauptgedanken klar als solche kennzeichnen und von den Nebengedanken deutlich erkennbar scheiden müsse, wird sich praktisch nicht durchführen lassen. Wohl aber ist es ein vermeidbarer Fehler in der logischen Ordnung der Gedanken, wenn ein Gesetz die Ausnahme vor die Regel stellt, und ein noch größerer Fehler, wenn die Zahl dieser „Ausnahme“fälle tatsächlich größer ist als

die der „Regel“. Daß die Beseitigung solcher Mängel auch die Kunst des Rechtsanwalts erleichtern würde, ist gewiß.
Königsberg. Prof. Dr. Georg Schüler.

Robert Michels, Sozialismus in Italien, Intellektuelle Strömungen. München 1925.

In diesem ersten — jedoch nach dem zweiten erschienenen — Bande seiner Studien über Sozialismus und Fascismus als politische Strömungen in Italien behandelt der bekannte Soziologe in einer Reihe von z. T. schon früher veröffentlichten Abhandlungen die Entwicklung des italienischen Sozialismus bis in das Jahrzehnt vor dem Kriege. Insbesondere wird der Einfluß der in der Führerschaft der sozialistischen Bewegung Italiens fast dominierenden bourgeois, namentlich der akademischen Elemente behandelt.

New York.

Dr. Rudolf Heberle.

Dr. jur. et phil. **Walther Eckstein**, Das antike Naturrecht in sozialphilosophischer Beleuchtung. Wien und Leipzig. Wilhelm Braumüller, Universitätsbuchhandlung, Ges. m. b. H. 1926. (Soziologie und Sozialphilosophie. Schriften der soziologischen Gesellschaft in Wien II), VI u. 135 S. 3,50 RM.

Die vorliegende Schrift will die Idee des Naturrechtes und einer natürlichen Moral, besonders im Altertum behandeln. Sie sieht im Aufkommen des Naturrechtes vor allem den Widerspruch gegen die geltende Rechtsordnung und behandelt den entwicklungsgeschichtlichen Hergang im Lichte einer von Jerusalem aufgestellten gesellschaftswissenschaftlichen Hypothese, wonach zwischen einer individualistischen und einer sozial-autoritären Entwicklungstendenz zu scheiden ist; erstere äußert sich als Widerstand gegen die Normen der engeren Gemeinschaft, führt indes im Ergebnis zu einer Bindung höherer Art, die sich als universalistische Einstellung äußert. Allerdings wird hierbei wohl nicht ganz richtig der Umstand bewertet, daß die individualistische Tendenz auch unmittelbar zur Ablehnung einer jeden Bindung, also zur Anarchie als begrifflicher Einstellung, führen kann und auch wirklich geführt hat. — Nach dieser Einleitung werden die Äußerungen der griechischen Philosophie zum Naturrecht zusammengestellt; die Auffassungen von einer natürlichen Moral treten dabei eher etwas in den Hintergrund. Der Verfasser behandelt Ursprung und Sinn der Naturrechtsidee, dann das rationalistisch-reformatorsche Naturrecht der Sophisten, das radikale Naturrecht der Kyniker, das metaphysische Naturrecht Platons, die Umbildung durch Aristoteles, den (streng genommen kaum hierher gehörenden) Rechtspositivismus der Epikureer und die Vereinigung des rationalistisch-utilitarischen Naturrechtes (der Sophisten) mit dem metaphysischen Naturrecht (Platons) durch die Stoa. Eine Schlußbetrachtung will dann einen Überblick über die Entwicklung des neueren Naturrechtes, ein Anhang eine Bibliographie des Naturrechtes geben.

Im allgemeinen kann gesagt werden, daß die kleine Schrift durch die Zusammenstellung der naturrechtlichen Äußerungen der griechischen Philosophie einen dauernden Wert hat; die Zeugnisse sind auch, soviel der Berichterstatter zu sehen vermag, sprachlich richtig verstanden und in den ihnen gebührenden Zusammenhang eingeordnet. Auf der anderen Seite macht sich der Mangel rechtswissenschaftlicher Würdigung des Gesamtergebnisses fühlbar. Es ist doch gewiß nicht richtig,

daß der Verfasser den Begriff des *ius naturale* und des *ius gentium* in den römischen Rechtsquellen ganz unbeachtet läßt; gerade sie sind für die geschichtliche Bedeutung des Naturrechtes von entscheidendem Gewicht gewesen, und der Verfasser hätte sie um so eher berücksichtigen sollen, als er seine Darstellung in die Gegenwart ausmünden läßt. Es hängt damit zusammen, daß ihm die sich an die beiden Begriffe knüpfenden Erörterungen von juristischer Seite z. B. der Aufsatz über *ius gentium* in der Realenzyklopädie von Pauly-Wissowa-Kroll, ebenso das neuere Schrifttum zum griechischen Recht unbekannt geblieben zu sein scheinen, besonders soweit es sich mit dem Gegensatz von νόμος und φύσις beschäftigt. Der Verfasser läßt vielmehr den Weg, den die Entwicklung genommen hat, von der griechischen Philosophie über Cicero zu Augustinus, Thomas v. Aquin, und von da aus zur Wiedererweckung naturrechtlicher Gedanken in der neueren Zeit gehen. Demgemäß ist auch die am Schluß des Buches beigefügte Bibliographie des Naturrechtes lückenhaft. — Wünschenswert wäre weiter ein Index gewesen, der eine Übersicht über die beigebrachten Stellen aus dem antiken Schrifttum gestattet hätte.

Prag.

Professor Dr. jur. Egon Weiß.

Koellreutter, Otto, o. Professor an der Universität Jena, Staat, Kirche und Schule im heutigen Deutschland. Tübingen 1926. 27 Seiten. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Sammlung „Recht und Staat“ N. 43; RM. 1,20.

Nicht leicht ist eine Schrift über alte Grundfragen des öffentlichen Lebens so zeitgemäß wie diese. Denn die Fragen „Staat, Kirche und Schule“ sind infolge neuester Ereignisse in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit getreten. Das Vorgehen Mexikos gegen die katholische Kirche und die dadurch veranlaßte, durch ein wundervolles, auch von einem Protestanten anzuerkennendes Ethos ausgezeichnete Enzyklika Pius XI. „*De asperima rei catholicae*“ vom 18. November¹⁾ haben der ganzen Welt bewußt gemacht, daß das alte Problem „Staat und Kirche“ noch lebendig ist. Unter deutschem Gesichtspunkt darf hier höchstes Interesse z. B. das Problem des Reichskonkordats beanspruchen. Überall sind in solche Begebenheiten die drei Faktoren Staat, Kirche und Schule irgendwie verflochten. Das Problem Staat und Schule als besonderes ist uns durch die Eröffnung der diesjährigen Reichstagsession mit dem Verlangen der Deutschnationalen Volkspartei nach dem endlichen Erlaß eines Reichsschulgesetzes und durch den Dortmunder Schulstreik akut geworden. In letzterem spielt ein Faktor eine Rolle, dem der Verfasser der vorliegenden Schrift eine besondere Bedeutung eingeräumt wissen will, der aber bisher als solcher und organisiert kaum stärker in die Erscheinung getreten ist: die Elternschaft, die bei diesem Schulstreike die eine der streitenden Parteien ist (gegenüber der preußischen Unterrichtsverwaltung). Dies dürfte zeigen, daß die vorliegende Schrift, die vor dem genannten Schulstreike erschienen ist, die Dinge richtig gesehen hat. Wenn dieser Streit zwischen Elternschaft und preußischer Unterrichtsverwaltung jetzt zunächst durch einen Spruch des Staatsgerichtshofes geklärt werden soll — dahin lautet das mühsam zustande-

¹⁾ Die offizielle Zitierweise dieser im „Osservatore Romano“ Nr. 271 vom 21. Nov. 1926 mit einer italienischen Übersetzung abgedruckten Enzyklika ist: „*De asperima rei catholicae condicione in Foederatis Mexici Civitatibus*“.

gekommene Kompromiß —, so ist wenigstens dies eine bewiesen, daß die Elternschaft ein Faktor geworden ist, der nicht nur moralisch, sondern auch unter den großen Gesichtspunkten der Staatspolitik Beachtung heischt, mag der Spruch des Staatsgerichtshofes lauten wie auch immer. Die vorliegende Schrift darf darum erhöhtes Interesse beanspruchen.

Koellreutter beginnt seine, die heutigen Zustände in Deutschland behandelnden Darlegungen, die er im April 1926 zunächst in Vortragsform dem Thüringer Lehrerverein in Gera gemacht hat, mit einer Bestimmung des geltenden deutschen Staatsbegriffes: nach der Reichsverfassung ist der deutsche Staat nicht nur „Nachtwächterstaat“, sondern hat eine kulturfördernde Macht zu sein dergestalt, daß nicht zur Frage steht, ob er überhaupt, sondern vielmehr wie weit er in das Verhältnis von Kirche und Schule regulierend eingreifen soll, dies unter der Idee des Rechtsstaates. Gegenüber dem Bismarckschen Reiche ist das Problem heute von den Ländern in das Reich verlagert. Die grundsätzlichen Forderungen, die der deutsche demokratische Staat an die Ausgestaltung des Schulwesens stellt, sind im Art. 146 I RV. enthalten. Organische Ausgestaltung des Schulwesens im Sinne dieses Artikels ist nur durch Verbindung einer für alle gemeinsamen Grundschule mit der individuellen Förderung der begabten Kinder möglich. Zwei Faktoren können diese Ausgestaltung maßgebend beeinflussen: die Kirche und die Elternschaft. Die Idee des christlichen Staates ist auch heute unter der Weimarer Verfassung noch lebendig. Kernpunkt des ganzen Problems „Staat, Kirche und Schule“ ist letzten Endes die Frage, ob und inwieweit der Staat als höchster Herrschaftsverband duldet, daß die Kirchen Herrschaftsbeziehungen zur Staatsschule herstellen und dadurch den Charakter der Schule als reine Staatsschule modifizieren: das Problem des Art. 146 II RV. in der Ausdeutung durch den Reichsschulgesetzentwurf, der hier besprochen und kritisiert wird, insofern er von dem zweifellosen Simultanschulprinzip der RV. abweicht und das deutsche Schulwesen hinter den Stand vor der Revolution zurückwerfen will. Nach einer Skizze der verschiedenen Stellung der katholischen und der evangelischen Kirche zum Schulproblem und insbesondere zur Bekenntnisschule sagt Koellreutter: „Nur die nicht nur äußerliche, sondern auch ihrem Wesen nach staatliche Schule wird die Forderung des Art. 148 der RV. vor allem auf Pflege staatsbürgerlicher Gesinnung erfüllen können. Die neutrale Staatsschule — — ist — — ein Symbol staatlicher und kultureller Einheit, auf das wir m. E. nicht verzichten können...“ (S. 23/4.) Vor allem ist die Lehrerschaft im staatlichen Sinne auszubilden. Gegen unzulässige Beeinflussungen seitens der Lehrer hat das Elternhaus regulierend einzugreifen. Also: vernünftiges Zusammenarbeiten zwischen Elternschaft und Lehrerschaft! Die Bestimmungen des Entwurfs über den Religionsunterricht in den Volksschulen (Absch. 3) treffen Koellreutter das Richtige: Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach in Übereinstimmung mit der betreffenden Religionsgesellschaft, unbeschadet der Staatsaufsicht, und unter der Berechtigung der Religionsgesellschaften, „auch durch Besuch des Religionsunterrichts durch besondere Beauftragte, sich davon zu überzeugen, ob diesem Erfordernis genügt wird“ (§ 25). Im ganzen ist das Bild der schulpolitischen Lage nach dem verunglückten Versuch der Regelung durch den Entwurf nicht erfreulich. Zu erstreben ist die Anerkennung des Staates als höchsten Herrschaftsverbandes und als kulturfördernde Macht, ferner die Heranziehung der Elternschaft zur Mitarbeit — hier spricht

der Dortmunder Fall²⁾ gewiß Bände — und schließlich die Pflege des religiösen Sinnes im Religionsunterrichte durch die Religionsgesellschaften im Rahmen der Staatsschule. Die Schrift schließt mit dem Satze: „Immer bleibt aber die Pflege staatlicher Gesinnung und nationaler Kultur in der Schule die wichtigste Aufgabe des deutschen nationalen Volksstaates.“

Das Verdienst der Schrift Koellreutters dürfte vor allem darin bestehen, daß sie die ungemein komplizierte Problemlage in einfacher Weise veranschaulicht hat, dies in würdiger, doch leicht faßlicher Sprache. Deutlich erhellt, daß die der Gegenwart gestellte Aufgabe an Schwere fast der Quadratur des Zirkels gleicht, und man könnte fragen, ob es richtig war, das ganze Problem von den Ländern in das Reich zu verlegen. Doch war die Verlagerung wohl richtig, wenn nicht aus anderem, so aus dem Grunde, daß das Schulproblem heute in früher unbekanntem Grade mit dem Minderheitenproblem verknüpft ist, dessen richtige Lösung zu den Problemen der großen Politik unseres Staates gehört. Weil die große Politik nur vom Reiche geführt werden kann, muß auch die Führung der Schulpolitik in der Hand des Reiches liegen.

Bonn.

Privatdozent Dr. Wolgast.

Friedrich Raab, Privatdozent an der Universität Gießen. Handbuch der Londoner Vereinbarungen. Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte. Berlin 1925. XXII, 379.

Das Buch will ein Nachschlagewerk und Wegweiser durch den sogen. „Dawesreport“ und die damit zusammenhängenden Abmachungen und Gesetze, also die Grundlagen der gegenwärtigen deutschen Reparationsverpflichtungen sein. Wenn Vf. das in dieser Hinsicht in Betracht kommende Material dem Politiker, Wirtschaftler und auch — wie wir hinzufügen wollen — dem Wissenschaftler handlich, übersichtlich und sachlich bereitzustellen sich vorgesetzt hat, so hat er diese Aufgabe glücklich erfüllt. Entsprechendes gilt nach vorgenommenen Stichproben von der Zuverlässigkeit der Arbeit.

Insbesondere der Hauptteil des Handbuches, der eine systematisch gegliederte Darstellung der von Deutschland übernommenen Verpflichtungen und seinem Vertragsgegner zufallenden Rechte enthält, wird jedem, der in theoretischer oder praktischer Weise mit der Handhabung, Ausführung bzw. Kritik und Reform der Londoner Abmachungen zu tun hat — und das sind viele —, beste Dienste leisten.

²⁾ In der Dortmunder Schulstreiksache ist die Entscheidung des Reichsgerichts gemäß Artikel 13 Abs. 2 RV., nicht also des Staatsgerichtshofes, angerufen worden. Der Antrag lautet:

„Das Reichsgericht wolle darüber entscheiden, ob die Auslegung und Handhabung des preußischen Gesetzes, betr. die Beaufsichtigung und Handhabung des Unterrichts- und Erziehungswesens vom 11. März 1872 (Preuß. Gesetz-Sammlung S. 183), wie sie durch die seitens des Herrn preußischen Ministers für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung erfolgte Übertragung der Schulaufsicht im Kreise Dortmund I an einen Dissidenten, den Schulrat Nischalke, zum Ausdrucke gelangt ist, mit Art. 174 Satz 1 der Reichsverfassung vereinbar ist.“ Wolgast.

Es ist zu hoffen, daß Verfasser dieses naturgemäß schnell veralternde Werk — vielleicht mit Hilfe von Nachträgen — auf dem Laufenden hält. Schon jetzt wünscht man sich an verschiedenen Stellen Ergänzungen.

Königsberg.

Herbert Kraus.

Wolgast, Der Wimbledonprozeß vor dem Völkerbundsgerichtshof. Internationalrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Proff. P. Klein und H. Kraus. I, Dr. W. Rothschild, Berlin 1926.

I. Zunächst ein Wort über die Sammlung! Ein Wort des Lobes und eine Hoffnung. Ein Wort des Lobes, weil gerade in Deutschland (wo ja auch die bei Duncker & Humblot verlegte, unter Schückings Meisterleitung stehende Sammlung der Sentenzen der Haager cour d'arbitrage erschien) die erste Monographie über das erste Urteil des Weltgerichtshofes publiziert wird. Und — vor allem eine Hoffnung, die vielleicht bei dem Verlage ausgesprochen werden darf, der früher jedenfalls seinen Ehrgeiz darin zu sehen pflegte, modern im besten Sinne des Wortes sein zu wollen: die Hoffnung, daß die Sammlung sich auszuwachsen möge zu dem, was für die Cour d'arbitrage die Schückingsche war. Das wäre heute an sich viel leichter. War das Material der letzteren vor dem Kriege nur schwer zugänglich, so läßt es sich der Weltgerichtshof angelegen sein, den gesamten Stoff in eleganter Aufmachung im Drucke einem weitesten Interessentenkreise zugänglich zu machen, in der richtigen Erkenntnis der ungeheuren Bedeutung der Materialien für Völkerrechtswissenschaft und — vor allem! — die Fortbildung des Völkerrechts. Hieran mitzuarbeiten möchte ich nicht Herbert Kraus aufrufen; wer ihn kennt, weiß, daß es dessen nicht bedarf, niemand wohl täte es lieber als er — aber den Herausgeber dieser Zeitschrift, die in Personalunion die Kraussche Sammlung ediert: Mag diese in einer Besprechung ungewohnte Apostrophierung, fast ein offener Brief, ihn zum Nachdenken und — zu der hier gewünschten Entscheidung führen! *)

*) Auf diesen „fast Offenen Brief“ erwidere ich mit freundlichem Danke, daß, von meiner Verlagsproduktion auf anderen Gebieten abgesehen, auf dem von Herrn Professor Dr. Strupp gepflegten Felde allein in den letzten Monaten von mir verlegt worden sind: Der große Urkundenband des Handbuchs der Politik, der erste Band von Frankensteins Internationalem Privatrecht, dem zwei weitere Bände folgen werden, die Schriftenreihe der Deutschen Hochschule für Politik zu Berlin und des Instituts für Auswärtige Politik zu Hamburg, die unter dem Titel „Politische Wissenschaft“ zu erscheinen begonnen und zwei Arbeiten bereits vorgelegt hat (Heft 2, 3 und 4 sind Monographien über Urteile des Internationalen Schiedsgerichts zur Auslegung des Dawes-Planes) und die „Europäischen Gespräche“, Monatsschrift für Auswärtige Politik (übernommen von der Deutschen Verlagsanstalt, Stuttgart). Wenn wirtschaftliche Erwägungen auch nicht alle Pläne des Verlages und — der Herren Autoren zur Reife gelangen lassen, so mag aus dieser Zusammenstellung doch hervorgehen, daß ich heute vielleicht noch mehr als früher dem Internationalen Recht verlegerische Pflege angedeihen lasse.

Dr. Walther Rothschild.

II. Nun zu Wolgasts Buch! Seine Arbeit — ursprünglich als eine Zeitschriftenkritik des Wimbledon-Urteils gedacht (was bei der Beurteilung jener im Auge zu behalten ist), aber ihm unter der Hand gewachsen, ist unter allen Umständen eine Tat aus dem schon unter I hervorgehobenen Grunde, daß es sich um die erste wissenschaftliche, monographische Bearbeitung einer Cour-Sentenz handelt. Aber auch die Durchführung der Arbeit verdient höchstes Lob: Zwar bin ich vielfach — vor allem bei der Auslegung des Art. 380 ff., ff. — anderer Ansicht, und auch der Aufbau ist nicht ohne weiteres einwandfrei akzeptabel; ferner sind Wiederholungen häufig. Aber die Arbeit ist wertvoll. Sie leuchtet in alle Ecken und Winkel, beherrscht das riesige, in Schriftsätzen und Plädoyers verarbeitete Material und ist getragen von der Idee: *Amicus Plato, sed magis amica veritas!* Auf Einzelheiten soll nicht eingegangen werden; in meiner systematischen Darstellung des Rechts des Völkerbundgerichtshofs (in Stier-Somlos Handbuch des Völkerrechts) wird die erwünschte Gelegenheit dazu sich bieten. Wolgast aber sei beglückwünscht zu diesem Produkt der Weltliteratur!

Prof. Dr. Karl Strupp.

Ludwig Gumplowicz, Geschichte der Staatstheorien. Bd. I der Ausgewählten Werke, herausgegeben in Verbindung mit F. Oppenheimer (Frankfurt), F. Savornan (Rom) und M. Adler (Wien) von G. Salomon (Frankfurt). Mit einem Vorwort von G. Salomon. Innsbruck (Wagner), 1926. 564 S.

Man mag sich zu der eigenartigen naturalistischen Staatslehre des 1838 in Krakau geborenen und 1909 als Prof. in Graz verstorbenen Autors stellen, wie man will, man mag seine einseitige Fundierung des Staates auf Rassenkampf ablehnen. Die historische Bedeutung des Mannes, der in Österreich, wie das Vorwort richtig hervorhebt, die Soziologie inauguriert hat wie Tönnies in Norddeutschland, bleibt unbestreitbar, nicht anders wie die anregende Kraft, die noch jetzt von seinen Schriften ausgeht, auch wo sie nicht nur mittelbar durch seine Anhänger (Ratzenhofer und Oppenheimer) wirken. Und so ist das Unternehmen, eine Neuausgabe der „Ausgewählten Werke“ zu veranstalten, dankbar zu begrüßen. Man ist es dem Manne schuldig, der anfangs in Deutschland so gut wie gar nicht beachtet wurde und von dem doch nach Tönnies' Wort das erste, wenigstens das erste noch heute nennenswerte Buch in deutscher Sprache stammt, das die Soziologie auf dem Titelblatt führt. Die vorliegende Geschichte der Staatstheorien spiegelt die eigenen Anschauungen des Autors wider. An der Spitze der Neuzeit steht bezeichnenderweise Hobbes, dem auch Tönnies seine besondere Vorliebe zugewandt hat. Ob Männer wie Platon, Kant und Hegel voll zu ihren Rechten gelangen, wird der Leser, je nach seiner eigenen Einstellung, verschieden beurteilen. Einen breiten Raum nimmt naturgemäß die Staatstheorie Ratzenhofers ein. Das sich auf 30 Seiten erstreckende Vorwort ist eine sich von den sonst üblichen Lobesreden der Biographen glücklich freihaltende, verdienstliche Einführung historischen Charakters.

Königsberg.

W. Sauer.

Franz Oppenheimer, Der Arbeitslohn. Kritische Studie. Jena 1926. Verlag von Gustav Fischer. 74 S.

Der Verfasser, der seine Arbeit selbst als kritische Studie bezeichnet, setzt sich in einer Reihe von Kapiteln mit den bekannten Lohntheorien unserer Wissenschaft auseinander, von denen seiner An-

sicht nach keine in der Lage ist, über die beiden Grundfragen des Lohnproblems, über die Ursache und die Höhe des Lohnes, „aus einer Wurzel“ eine befriedigende Lösung zu geben. Er definiert hierbei den Lohnarbeiter als einen Menschen, „der der eigenen Produktionsmittel entbehrt, der weder Land noch Werksgüter (Werkzeuge und Rohstoffe) zu eigen hat, und daher gezwungen ist, als unselbständig Arbeitender, d. h. eigentlicher Arbeiter, solchen Menschen bezahlte Dienste zu leisten, die sich im Besitz von Produktionsmitteln befinden, sei das nun Land, oder seien es Werksgüter“. (S. 3.)

Oppenheimer untersucht zunächst die klassischen Theorien der Physiokraten, von Adam Smith, Malthus und Ricardo und wendet sich in einer ausführlichen Polemik gegen die von Heinrich Dietzel wiederbelebte Produktivitätstheorie, nach welcher bei steigender Produktivität der Volkswirtschaft auch das Lohnniveau steigen müsse. Wir können dem Verfasser vollauf beipflichten, wenn er für die Zeit des Erfinders dieser Theorie, des Adam Smith, gerade die entgegengesetzte Wirkung als geschichtsnotorisch feststellt. Klagt doch schon einer der ersten deutschen Sozialphilosophen, Franz Baader, im Jahre 1835 darüber, daß trotz fortgesetzter Arbeitsteilung und steigender Produktivität der Arbeit der Arbeitslohn immer mehr sinke.

Im weiteren Verlaufe behandelt Oppenheimer die Lohntheorie von Heinrich von Thünen, jene der Grenznutzenschule, wobei er die Zurechnungslehre völlig verwirft, und wendet sich im letzten Kapitel polemisch gegen Paul Arndt.

Neben dieser Auseinandersetzung mit gegnerischen Meinungen entwirft Oppenheimer im vierten Kapitel (S. 33 ff.) seine eigene Lohnlehre, die Monopollohntheorie, die seiner Ansicht nach geeignet ist, die Frage nach der Ursache und nach der Höhe des Arbeitslohnes „aus einer Wurzel“ zu lösen. Der letzte Grund für das Vorhandensein des Arbeitslohnes und eines Standes „freier“ Lohnarbeiter ist nach Oppenheimer die „Bodensperre“, d. h. die Tatsache, daß der gesamte Grund und Boden im Eigentum einer sehr kleinen Minderheit steht, während die Mehrheit der Bevölkerung von „dieser ursprünglichen Bedingung aller Selbständigkeit, von dem natürlichen Produktionsmittel“ ausgeschlossen ist. Die Grundbesitzer haben so gegenüber den Arbeitern ein Einkaufsmonopol, d. h. sie sind in der Lage, die ihnen geleisteten Dienste schlechter zu bezahlen, als ihrem Werte entspricht und einen Monopolgewinn oder „Mehrwert“ einzustreifen.

Oppenheimer selbst weist darauf hin, daß sich Keime zu seiner Monopollohntheorie schon bei Adam Smith (S. 6) und bei Thünen (S. 49 ff.) finden. Hinter dieser Theorie sind aber noch andere Lehrmeister verborgen. Die Monopollohntheorie, die die Ursache von freiem, schlechtbezahltem Arbeitslohn in der „Bodensperre“ erblickt, also dem Boden eine Hauptrolle in der Wirtschaft zuerkennt, ist, trotz grundsätzlich anderer Formulierung, doch stark mit der Fruchtbarkeitslehre der Physiokraten verwandt, wonach der Boden die einzige Quelle aller Reichtümer darstellt. Die Monopollohntheorie ist aber andererseits auch eine Umbildung der Marxschen Mehrwerttheorie. Ist es bei Marx der industrielle Kapitalist, der vermöge seines Kapitals gegenüber dem freien Lohnarbeiter ein Einkaufsmonopol besitzt, so ist es bei Oppenheimer der Großgrundbesitzer, der in der Monopollohntheorie die Rolle mit dem industriellen Ausbeuter tauscht.

Sowohl die physiokratische Fruchtbarkeitslehre als auch die Marxsche Mehrwerttheorie sind heute so gründlich widerlegt, daß man

sie nicht mehr zu verteidigen wagt. Hiermit wäre auch der Stab über Oppenheimers Lohntheorie gebrochen. Allein es ist leichter Theorien zu widerlegen, als den richtigen Kern zu erkennen, den sie beinhalten. Es ist begreiflich, daß Oppenheimer als Agrarreformer das Hauptgewicht auf die „Bodensperre“ legt und den Hauptangriff gegen das „Großgrundeigentum“ richtet. Der sehr richtige Kern der Monopollohntheorie liegt darin, daß zwar nicht die Ursache, aber doch die Höhe des heutigen Arbeitslohnes in einem mangelnden Organisationsprinzip unserer Wirtschaft zu suchen ist. Es gab Zeiten in der Wirtschaftsgeschichte — Oppenheimer verweist ja selbst ausführlich darauf —, wo das brennendste wirtschaftliche Problem unserer Gegenwart, die Höhe des Arbeitslohnes, dank einer den damaligen Zeiten wohl entsprechenden und sehr zweckmäßigen gebundenen Wirtschaftsform als gelöst zu betrachten war. Freilich scheinen alle positiven Vorschläge, die seit den letzten 70 Jahren in dieser Richtung erstattet und alle Versuche, die unternommen werden, beharrlich scheitern zu wollen, auch Oppenheimers sozialer Lösungsvorschlag, die landwirtschaftliche Arbeiter-Produktivgenossenschaft, harrt noch ihrer Bewährung. Allein es ist entschieden ein größeres wissenschaftliches Verdienst, das wahre Übel unserer Zeit an der Wurzel angepackt zu haben und auf die nächsten und wichtigsten Aufgaben unserer Zukunft hinzuweisen, als eine gegen alle Einwände hieb- und stichfeste Theorie aufzustellen.

In diesem Sinne gibt Oppenheimers Monopollohntheorie jedem zu denken, der sich mit dem Lohnproblem beschäftigt. Mag man sie noch so leicht widerlegen können, in ihrem richtigen Kerne ist sie uns ein warnendes Mahnzeichen für die Zukunft.

Wien.

Privatdozent Dr. Jakob Baxa.

Oppenheimer, Franz, Wert und Kapitalprofit, Neubegründung der objektiven Wertlehre. 3. Aufl. Jena, 1926.

O. folgt in seiner Werttheorie den Spuren von Ricardo und Marx. Für die statische Wirtschaft leitet er eine Preisformel ab, die mit der Arbeitszeittheorie des Warenwertes, welche die Genannten entwickelt haben, sachlich übereinstimmt, aber sich methodisch von ihr dadurch unterscheidet, daß O. eine Formel „deduziert“, welche jene nur postuliert hatten.

Wie geht O. bei dieser Deduktion vor? Die Marktwirtschaft ist ein System antagonistischer Kräfte; das Streben der Konkurrenten geht auf das höchste mögliche Einkommen. Zu diesem Endziel suchen sie über das Mittel des möglichst hohen Preises zu gelangen. Der statische Preis ist nun die Tauschrelation, bei der sich die konkurrierenden antagonistischen Kräfte im Gleichgewicht befinden: „Dieses Gleichgewicht liegt dort, wo die Einkommen soweit ausgeglichen sind, wie die Konkurrenz es gegen ihre „Hemmungen“ bewirken kann“, d. h. „bei einer Relation aller Preise, wo den Pionieren alle Vorteile der Konjunktur, die ganzen Vorteile, und nichts als diese Vorteile, abgejagt sind, die sie ihrem kinetischen Vorsprung verdanken“ (S. 14). Diese methodische Ausschaltung des Unternehmergewinnes ist erforderlich, um einen statischen Zustand fingieren zu können. Aber auch die „Hemmungen der Konkurrenz“, nämlich die Verschiedenheiten der Qualifikation und die Monopole, spielen in das Grundgesetz der statischen Preisbildung nicht mit hinein; denn die Statik liegt „bei derjenigen Preisrelation (statische Preisrelation), wo alle Produzenten aus ihren Gewinnen am Preise gleiches Einkommen erzielen, soweit nicht Unter-

schiede der Qualifikation und der Stellung zu Monopolverhältnissen Verschiedenheiten bedingen“ (S.14/15). Hiermit ist Ricardos von den Produktionskosten des Grenzproduzenten ausgehende Preistheorie aufgenommen. Das „mittlere Einkommen“ des „normal Qualifizierten“ verwendet O. als „das Normalnullniveau“, von dem aus die Abweichungen gemessen werden können“ (S.15). Da weiter „in der Statik in jedem Zweige der Grenzproduzent normale Qualifikation besitzt“ (S.25), ist „die höhere oder geringere Qualifikation ohne Einfluß auf den Preis der beliebig produzierbaren Güter“ (S.24), unter denen O. diejenigen versteht, bei deren Produktion die volle freie Konkurrenz besteht im Gegensatz zu den „Monopolprodukten“. Da hiermit die beiden Arten von Konkurrenzhemmungen aus der Preisbildung der beliebig produzierbaren Güter eliminiert sind, folgt, „daß die statischen Preise der beliebig reproduzierbaren Produkte sich verhalten wie die auf sie von sämtlichen beteiligten Produzenten verwendete Gesamtarbeitszeit“ (S.27); diese stellt, wo keine Rechtsmonopole gegeben sind, das Maß der natürlich gegebenen gesellschaftlichen Widerstände dar, und „der Wert ist das Maß der Beschaffungswiderstände“ (S.75). In mathematischer Form demonstriert O., wie sich alle Preise in die Gewinne der sämtlichen beteiligten Produzenten auflösen, und beweist, daß als Komponenten des Preises nur objektive Faktoren fungieren: das Grundeigentum, die Produktivitätsziffer, die Qualifikationsdifferenzen und die Monopolverhältnisse.

Ein statisches Monopol liegt überall dort vor, „wo auf die Dauer das Austauschbedürfnis von einseitiger Dringlichkeit ist“ (S.32). Da eine solche Dringlichkeit immer auf seiten der einen Lohnvertrag abschließenden Arbeiter vorliegt, besteht ihnen gegenüber ein Einkaufsmonopol der Kapitalisten. Dieses kann „nicht primär im Besitz an den produzierten Produktionsmitteln, dem „Kapital“, wurzeln“, denn diese sind beliebig reproduzierbar“ (eine sehr angreifbare Schlußfolgerung); „da es aber nirgends anders wurzeln kann als in dem Besitz von Produktionsmitteln, so bleibt nichts anderes übrig, als seine Wurzel im Bodeneigentum aufzusuchen“ (S.33). Der Kapitalprofit wird also auf das Grundeigentum zurückgeführt.

Die Kernfrage einer theoretischen Kritik an O.s „Neubegründung der objektiven Wertlehre“ muß lauten: Ist die behauptete Deduktion der Preisformel als gelungen zu betrachten? Und von der höheren Warte einer transzendentalen Sozialphilosophie wird man diese Frage sogar vielleicht in das allgemeine Problem kleiden: Sind Wert- und Preisgesetze überhaupt deduzierbar? Diese letztere Frage ist ohne Zweifel zu verneinen vom Standpunkte aller Systeme, die das Tauschphänomen als Ausgangspunkt wählen: hier ist das Preisgesetz axiomatischer Natur und steht über aller Ableitung. So ist bei Marx der Wert der postulierte Maßstab von Arbeit und Waren, und aus diesem Postulat folgt das Arbeitswertgesetz als analytischer Schluß. Bei O. nun werden die Preise zwar dem Streben nach Einkommen als dem logisch Primären unterstellt — als Mittel, die, absolut unkollektivistisch und ganz klassisch gesehen, individuellen Wirtschaftszwecken dienen. Hiernach müßte anscheinend ein Preisgesetz aus der Einkommensbildung ableitbar sein, und O. glaubt, diese Deduktion geliefert zu haben, hat sich in der Tat aber auf einem vollständigen Circulus bewegt. Denn einmal „liegt die Statik bei derjenigen Preisrelation (statische Preisrelation), wo alle Produzenten aus ihren Gewinnen am Preise gleiches Einkommen erzielen, soweit nicht Unterschiede der

Qualifikation und der Stellung zu Monopolverhältnissen Verschiedenheiten bedingen“ (S. 14/15). Andererseits aber definiert O. die Qualifikation „als die Fähigkeit einer ökonomischen Person, Produkte zu Markt zu bringen, die im Verhältnis zu den Produkten andrer Personen ein höheres (bzw. geringeres) Einkommen erbringen“ (S. 51/52). Wo keine Unterschiede der Qualifikation vorliegen, erzielen die Wirtschaftler also gemäß dieser letzteren Definition gleiches Einkommen, und infolgedessen resultiert auch das erstere Gesetz der Preisrelation schlechthin definitionsgemäß — jedenfalls für die monopolfreie Wirtschaft, auf die es aber prinzipiell ankommt. Die vermeintliche Deduktion ist also lediglich eine Definition; kein synthetischer, sondern ein Identitätsschluß liegt vor, eine Diallele, deren Resultat die Voraussetzung widerspiegelt. Und zu einem anderen Ziel konnte diese Methode auch nicht führen, denn wenn man überhaupt von einer Qualität der Produzenten im wirtschaftlichen Sinne sprechen will, dann kann man diese eben nur an dem Maßstab der Preise ihrer Produkte messen; begrifflich setzt sowohl die Qualität der Produzenten wie das Einkommen die Preise bereits voraus, welche mithin nicht aus jenen deduziert werden können; auch das Einkommen besteht in der Tauschwirtschaft nur aus Preisen.

Jena,

Privatdozent Dr. B. Josephy.

Otto Weinberger, Dr. iur., Dr. rer. pol., Oberlandesgerichtsrat: Die Grenznutzenschule, Halberstadt, H. Meyers Buchdruckerei, 1926, XVI und 123 S.

Eine systematische Darstellung der Lehren der Grenznutzenschule gibt es nicht. Aus dem einfachen Grunde, weil die Anschauungen ihrer Vertreter trotz mehr als fünf Jahrzehnte langer Erörterungen des Gegenstandes selbst in den wichtigsten Punkten nicht miteinander übereinstimmen. Die Darstellung dieser Meinungsverschiedenheiten würde einerseits nur den Eindruck verstärken, auf wie unsicherem Boden diese ganze Lehre noch steht, andererseits deutlich hervortreten lassen, wie wenig von den tatsächlichen Zusammenhängen des Wirtschaftslebens sie überhaupt und nun gar besser als die älteren Theorien zu erklären vermag.

Dies ist auch der hervorstechendste Eindruck der Schrift von Weinberger, die keine systematische, sondern nur eine historische Darstellung der Entwicklung des Grenznutzengedankens gibt. Richtiger würde die Schrift den Titel tragen: „Dogmengeschichte der subjektiven Wertlehre.“ Denn Weinberger behandelt in der ersten Hälfte der Schrift, bis S. 55, eine Reihe von Nationalökonomern, wie Galiani, Turgot, Condillac, Auguste Walras, die den Grenznutzengedanken noch nicht vertreten haben.

Nach einer Einleitung, in der der Verfasser namentlich die mathematische Methode in der ökonomischen Theorie verteidigt, erörtert er im ersten Kapitel „Die mathematisch naturwissenschaftlichen Voraussetzungen der Grenznutzentheorie“, den Grenznutzen als eine abnehmende Funktion der Menge eines Gütervorrates, die Anschauungen von Bernoulli, Laplace, Buffon, Quetelet, Fechner.

Im zweiten Kapitel wird „Die subjektive Wertlehre bei den älteren italienischen und französischen Volkswirtschaftlern“ behandelt, darunter besonders den drei oben schon genannten.

Im dritten Kapitel „Die Begründung der Grenznutzen-

lehre“ beschäftigt sich Weinberger zunächst mit Auguste Walras auf etwa 10, mit Gossen auf 20 und mit Jevons ebenfalls auf 20 Seiten.

Erst im letzten, vierten Kapitel wird die österreichische Schule dargestellt, und zwar Menger ziemlich kurz, Böhm-Bawerk und Wieser noch kürzer, bei allen im wesentlichen nur die Wertlehre. Leon Walras' Lehre wird an verschiedenen Stellen der beiden letzten Kapitel behandelt und kommt daher in der Gesamtdarstellung vielleicht etwas zu kurz.

Wenn wirklich die mathematische Methode so große Klarheit ermöglichte, wie Weinberger behauptet, hätte er m.E. klarer zum Ausdruck bringen können, daß der Grenzgedanke, der Ausgleichsgedanke (und außerdem der erste von mir hinzugefügte Ertragsgedanke) zu unterscheiden sind, daß Gossen einen Ausgleich der absoluten Grenzgenüsse, Leon Walras, der Wirklichkeit schon näher kommend, einen Ausgleich der relativen Grenznutzen, bezogen auf die Preiseinheit, behauptet hat, während Menger den Ausgleichsgedanken überhaupt nicht kennt und er bei Jevons nur eine sehr unklare Rolle spielt *).

Das Interesse Weinbergers konzentriert sich so ausschließlich auf die Wertlehre, daß er auf die sonstigen Theorien der österreichischen Schule kaum eingeht. Freilich stehen sie mit dem Grenznutzengedanken auch nur in sehr losem, z. T. in gar keinem Zusammenhang. Aber eben deswegen darf man den geringen Erkenntniswert der Grenznutzenlehre auch dann nicht unerwähnt lassen, wenn man sich ihr, wie Weinberger, mit Haut und Haaren verschrieben hat.

Denn die Einwendungen gegen die Grenznutzenlehre sind im „Abschluß“ S. 109—116 nur sehr kurz behandelt. Was speziell meine Einwendungen gegen die Lehre betrifft, so betonen sie zunächst, daß ihr subjektiver Wertbegriff eine falsche Zusammenziehung der bei den ökonomischen Erwägungen entscheidenden Nutzen- (Lust-) und Kosten- (Unlust-, Opfer-) Vorstellungen ist. Diese Zusammenziehung ist eine Folge der „Güterlehre“ und des Glaubens, ein „Maß des Güterwertes“ finden zu können. Und der Irrtum dieser Meinung, die Weinberger als ein Axiom hinnimmt, veranlaßt ihn auch, die mathematische Behandlung dieser Probleme zu empfehlen, mit der man von der Auffassung der Wirtschaftswissenschaft als einer Mengenlehre nie loskommt.

Mein anderer Einwand, daß sich auf einen Genußgütervorrat — nur dafür gilt ja die angebliche Wertbestimmung durch den Grenznutzen — die wirtschaftlichen Erwägungen überhaupt nicht beziehen — niemand denkt daran, den „Wert“ seiner sechs Anzüge durch die Vorstellung „bestimmen“ zu wollen, daß der erste, der zweite usw. verloren gegangen seien —, beantwortet Weinberger (S. 115) nur mit dem ganz formalistischen Einwand: „Warum es aber methodisch unzulässig sein sollte, von einem begrenzten Vorrat zwecks Bestimmung seines Wertes auszugehen und warum diese Bestimmung nicht auch eine wirtschaftliche Aufgabe sein sollte, ist nicht einzusehen.“ Ähnliche, den Juristen verratende Argumentationen, die keinerlei Widerlegung sind, finden sich in der Schrift öfters. Hier sei nur mein Hinweis wiederholt,

*) Vgl. dazu und über die Grenznutzenlehre überhaupt meinen Aufsatz „Subjektivismus und Objektivismus in der neueren Wirtschaftstheorie“, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1925/26, Heft 1 S. 38 ff.

daß dieser angebliche „Wert“ und seine „Bestimmung“ Fiktionen sind, die im Wirtschaftsleben nicht vorkommen. Dort sind „bestimmt“, d. h. zahlenmäßige Größen nur die Preise: erstrebte, vereinbarte und bezahlte Preise. Der Zusammenhang dieser Extensitätsgrößen mit subjektiven Intensitätsgrößen, den doch auch die Grenznutzenlehre erklären will, die aber niemals einen äußeren Ausdruck finden, ist nur dann zu erklären, wenn man erkennt, daß und wie die Preise von den Konsumwirschaften selbst geschätzt werden, nämlich als Kosten in der von mir entwickelten Weise durch die psychische Kostenvorstellung in Verbindung mit der Vorstellung von an ihre Einkommen als Kosten anknüpfenden Konsumwirschaften. Nicht aber durch die falsche Zusammenziehung von Nutzen und Kosten im Wertbegriff, durch Objektivierung der Kosten als Seltenheit, gegebener Vorrat u. dgl., kurz in der Auffassung der wirtschaftlichen Vorgänge als Güterlehre. Wie lange wird man noch solche einfachen logischen Wahrheiten zugunsten eingelebter Irrtümer und falscher Axiome verkennen?

Wie wenig Weinberger als typischer Vertreter der Grenznutzenlehre seine Doktrinen durch Beobachtung des wirtschaftlichen Lebens zu verifizieren versucht, und wie sehr ihm die Möglichkeit der „Bestimmung“ eines subjektiven Wertes Glaubenssatz ist, kann man auch aus seiner unterschiedslosen Anerkennung ganz disparater und unklarer Anschauungen älterer Theoretiker erkennen, sofern sie nur im Sinne der subjektiven Wertlehre ausgelegt werden können. So sagt er von dem alten Condillac (1776): „Da nach Condillac auch der Preis nichts anderes als der Ausdruck des subjektiven Schätzwertes einer Sache in seinem Verhältnis zum subjektiven Schätzwert einer anderen ist (ein fundamentaler Irrtum!), so dürfte es kaum einen zweiten Schriftsteller geben, welcher eine folgerichtigere und geschlossenere Wert- und Preistheorie aufgestellt hat als er!“ (S. 46). Und schließlich behauptet Weinberger sogar (S. 110), daß „nach richtiger Auffassung ein Gegensatz zwischen den Lehren der Klassiker und jenen der neuen Schule nicht besteht“. „Die Werttheorie Ricardos beruht auf ganz richtigen, auch von der Grenznutzenschule nicht abzulehnenden Grundsätzen, da Nutzen und Knappheit im Verhältnis zum Bedarf auch bei ihm als die für die Wertbildung unumgänglich notwendigen Voraussetzungen erscheinen!“

Damit ist in Wahrheit nur gesagt, daß die Klassiker und die Grenznutzenlehre viele Irrtümer gemeinsam haben, falsche Auffassung des Nutzens, Knappheit, Bedarf, Fehlen der psychischen Kostenvorstellung! Daß trotzdem aber ein entscheidender Gegensatz zwischen Arbeitswertlehre und subjektiver Wertlehre besteht, was z. B. für die Kritik des Sozialismus von Bedeutung ist, darf kein Schriftsteller, der sich mit Wirtschaftstheorie beschäftigt, übersehen. In dieser Weise zu betonen, daß alle recht haben und alles in schönster Übereinstimmung stehe, vermag nur jemand, der an den Doktrinen klebt und selbst noch keineswegs die Grundlagen des Wirtschaftslebens wirklich, nämlich durch Beobachtung erfaßt hat. Das sind aber die Mängel, die allen Vertretern der Schule, der Weinberger angehört, gemeinsam sind. Doch kann von dem, was eine Lehre zur Erklärung des wirtschaftlichen Lebens leistet, keine noch so wohlwollende Besprechung der wissenschaftlichen Darstellung des Verfassers absehen. Der Nutzen der Schrift ist daher vor allem in der dogmengeschichtlichen Entwicklung der subjektiven Wertlehre zu sehen. Ihre Benutzung wird durch ein Sachverzeichnis und durch ein Schriftstellerverzeichnis (S. 117—123) erleichtert.

Robert Liefmann.

v. Mühlenfels, Albert, Transfer. Betrachtungen über Technik und Grenzen der Reparationsübertragung. Jena 1926. 101 S. (Königsberger sozialwissenschaftliche Forschungen, 4. Band.)

Verf. setzt sich in seiner dankenswerten und gründlichen Untersuchung die Aufgabe, „die grundsätzlichen Fragen hervorzuheben und in diesem Rahmen ein möglichst allseitiges Bild des Transferproblems und seiner Lösungsmöglichkeiten zu geben“ (S. 3). Die Lösung des Aufbringungsproblems wird zunächst fingiert. Dadurch kann die Untersuchung auf das Absatzproblem und seine zwei Seiten, das deutsche Preissenkungsproblem (II. Kapitel) und das Empfangs- und Umstellungsproblem (III. Kapitel) beschränkt werden. Zur Einführung dient eine kritisch gehaltene Übersicht über die „Grundgedanken des bisherigen Schrifttums über das Transferproblem“ (I. Kapitel).

Nur wenige Autoren, und unter ihnen vor allem ausländische, hätten dem Empfangsproblem bislang eingehendere Betrachtung gewidmet. Um so eingehender habe man sich dem Preisproblem zugewandt, dabei aber überwiegend die Dinge nur von einer Seite gesehen. Eine Gruppe von Autoren näherte sich einseitig der Ansicht der Zahlungsbilanztheorie, die Mehrzahl der Schriftsteller fuße einseitig auf der Kaufkraftparitättheorie. Tatsächlich seien die sich gegenüberstehenden Meinungen „gar keine ausschließenden Gegensätze“.

Die eigene Stellungnahme des Verf. zum Preissenkungsproblem erfolgt nach einer leider etwas kurz wegkommenen Untersuchung über die Aussichten der Transferierung ohne künstliche Hilfsmittel: Wenn der Reparationsagent der Reichsbank die Devisen wegkauft, muß die Reichsbank durch höheren Diskont einen Druck auf das deutsche Wirtschaftsleben ausüben. Die (in anderem Zusammenhange berührte Frage) ist aber doch, ob von einem Wegkauf die Rede sein kann, ob der Agent nicht vielmehr im wesentlichen nur den Mehranfall an Devisen seinen Auftraggebern zuführen kann. Wenn freilich „die selbsttätige Entstehung dauernder Überschüsse zweifelhaft erscheint“, bleibt nur die Frage nach den künstlichen Mitteln für eine Preissenkung: Auf der Geldseite und auf der Wareseite seien sie gegeben. In erfreulicher Kritik wird gegen die Annahme Stellung genommen, Kaufkraftfreisetzung sei ein wirklich in Betracht kommendes Mittel. Verf. hält es „nur in beschränktem Umfange anwendbar“ (S. 37), wobei er m. E. noch zu vorsichtig urteilt. Würde die Steuer noch schärfer als verteilungstechnisches Mittel gesehen, so brauchte man sich auch wohl weniger Gedanken darüber zu machen, ob die Steuerlast kompensierend gegenüber einem Deflationsdruck wirkt. Eine Erhöhung des Diskonts ruft dagegen nach dem Verf. zweifellos eine Preissenkungstendenz hervor, aber Gegen Tendenzen (Verringerung des Warenangebots) könnten den Effekt wegnehmen. Auslandskredite infolge einer Diskonterhöhung wirkten, wie mit Recht festgestellt wird, allerdings kompensierend, aber — das ist zu bemerken — im wesentlichen nur in Richtung einer weiteren Anspannung des Satzes. — Die Preissenkung von der Wareseite her könne generell oder speziell versucht werden. In ersterer Beziehung sei in der Verkehrswirtschaft nur wenig zu erreichen. Die Kreditverteilungspolitik insbesondere des Agenten aber das wichtigste Mittel eines Versuchs in der zweiten Richtung. Es sei planwirtschaftlicher Natur und bringe kaum überwindbare Schwierigkeiten. Will man das Ergebnis dieses Abschnitts des Buches selbst ziehen, so ist es im wesentlichen dies: Die künstlichen Mittel der Preissenkung versagen

teilweise, teilweise sind sie zweischneidig. Man muß schließlich zu erheblichen „Zweifeln kommen hinsichtlich der Durchführbarkeit der Preissenkung ohne Gefährdung der inneren Aufbringung“ (S. 70).

Das Empfangs- und Umstellungsproblem, das größere Problematik in sich birgt und wohl als Kern des ganzen Übertragungsproblems anzusehen ist, ist nach Ansicht des Verf. bisher zu einseitig qualitativ und nicht auch quantitativ gesehen worden. Ein quantitatives Problem sei aber deswegen gegeben, weil keineswegs einer deutschen Mehrausfuhr durch die Reparationszahlung eine entsprechende Vermehrung der Kaufkraft in den Gläubigerländern parallel gehe. Tatsächlich sei es doch so: „Das deutsche Mehrangebot muß zunächst aufgenommen werden, ohne daß ihm eine vermehrte Kaufkraft im Empfangslande gegenüberstünde“ (S. 72). Erst wenn Reparationsübertragungen durchgeführt und daraufhin Steuerermäßigungen, Anleiherückzahlungen oder Vergebung von Staatsaufträgen erfolgt seien, brauche man nicht auf die ohne Reparationsübertragung auch vorhandene Kaufkraft des Gläubigerlandes mehr zurückgreifen. Wer darüber hinwegsehe, arbeite mit einem „Kunstgriff“. Ob der Verf. bei derartiger Argumentation nicht mehr Schwierigkeiten sieht, als wirklich vorhanden sind? Die aus dem mangelnden Inlandabsatz folgende Preissenkung im Verein mit einer nur mäßigen Steigerung der Devisenkurse macht doch „automatisch“ Inland- zu Exportwaren, verleitet zum Einkauf am deutschen Markte. In der Regel ist dann die deutsche Ware eher im Gläubigerlande, als der Fakturenbetrag fällig ist. Mit dem Mehr an Waren ist doch auch das Mehr an Kaufkraft von selbst da. Im übrigen darf man die Elastizität des zwischenstaatlichen Kreditverkehrs mit Einschluß der Devisenoperationsfonds nicht übersehen. Das qualitative Empfangsproblem liegt nach dem Verf. darin, „daß sich die Nachfrage nach deutschen Waren wahrscheinlich nicht in demselben Grade vermehrt, in dem durch die deutsche Ausfuhr das Angebot gesteigert war“ (S. 76). Eine Preisverschiebung und damit „eine Verschiebung der gegenseitigen Lage der einzelnen Produktionszweige des Empfangslandes“ würden die Folge sein. Diese im Verein mit der unvermeidlichen scharfen deutschen Konkurrenz werde das Verlangen nach Gegenmaßnahmen zeitigen. Eine Verwirklichung dieses Verlangens aber bedeute Abwälzung der Umstellungslast auf die deutsche Wirtschaft oder auf diejenige „Neutraler“. Viel komme natürlich auf die Konjunktur an. Somit „läuft das Empfangsproblem schließlich auf das Problem der Umstellung hinaus“ (S. 81), durch das in erster Linie Deutschland betroffen wird. Zwei miteinander nicht harmonisierende Ziele müßten eigentlich zum Ausgleich gebracht werden: Möglichst großer Anteil des in heimischer Arbeit begründeten Wertes am Exporterlös und möglichst geringe Konkurrenz gegenüber bestehender Auslandindustrie. Das wäre eine Lösung für das Dilemma entweder deutsche Konkurrenz schärfster Art oder keine Reparationsleistung.

„Erstes und grundlegendes Ergebnis“ der höchst anregenden Untersuchung ist die Ablehnung einer grundsätzlichen und absoluten Trennung des Aufbringungs- vom Übertragungsproblem. „Abstrakte Resultate“, Ablenkung des Blicks von den eigentlichen Schwierigkeiten müßten die Folgen einer Nichtberücksichtigung des organischen Zusammenhangs zwischen Aufbringung und Übertragung sein. Die im Dawessystem gegebene Verantwortlichkeitsteilung sei — das ist der Sinn der Ausführungen — prinzipiell verfehlt. Die übrigen Ergebnisse der Arbeit

und die daraus folgende Skepsis in der Reparationsfrage sind bereits mitgeteilt und zum Teil kritisiert. Sie stehen alle unter der Voraussetzung einer wirklichen Reparationsübertragung und keiner großen und lange andauernden (kompensierenden) Auslandskreditgewährung, richtiger „Belassung“ der Guthaben in Deutschland. Vergleicht man den Gegenwartswert der Reparationslast mit auswärtigen Kapitalanlagen vor dem Kriege, denkt man an den nunmehr ermöglichten „Kapital-export mit geschlossener Tasche“ und den Erfolg dieser weniger zweischneidigen „Abwehr“, so wird man das Nichtzutreffen dieser Voraussetzung keineswegs ausgeschlossen halten dürfen. Den „Praktikern“ gegenüber, die für die Arbeitsergebnisse der Theorie sich interessieren müssen, bleibt zu betonen, daß die Voraussetzungen jeder wissenschaftlichen Lehre wesentlicher Bestandteil dieser Lehre sind und nicht übersehen werden dürfen.

Hamburg, Anfang Oktober 1926.

Prof. Dr. Fritz Terhalle.

C. Internationale Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.

1. Die Pflege der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie an den Hochschulen.

In diesem Bericht sind die an die Schriftleitung gelangten Mitteilungen verwertet, welche bis zum 15. März 1927 vorlagen. Fortsetzung in den folgenden Heften. Die Namen der Mitglieder der IVR. sind durch Fettdruck kenntlich gemacht.

Belgrad.

Für das Sommersemester 1926/27 sind an der Universität nachstehende Vorlesungen angekündigt: Prof. Dr. Branislav Petro-nievitch: Psychologie. Derselbe: Hegel und Herbart. Prof. Dr. N. Popovitch: Erkenntnislehre. Derselbe: Kants transzendente Dialektik. Prof. Dr. Thomas **Givanovitch**: Strafrecht. Derselbe: Seminar für Kriminalwissenschaften und Vorlesung über synthetische Rechtsphilosophie. Prof. Dr. Bozidar Markovitch: Strafprozeßrecht. Prof. Slobodan Yovanovitch: Übersicht über die neuere staats-wissenschaftliche und soziologische Literatur. Prof. Dr. Tchedomilj Mitrovitch: Juristische Enzyklopädie.

Berlin.

Der Philosophischen Fakultät der Universität legte Margarete Prill eine Dissertation über „Die Theorie des kommunistischen Anarchismus nach Peter Kropotkin“ vor.

An der Technischen Hochschule Charlottenburg werden im Sommersemester 1927 folgende Vorlesungen gehalten: Prof. E. Schmidt: Ideengeschichte des Sozialismus; Prof. **Dunkmann**: Soziologie und Religionsphilosophie.

Bern.

An der Universität wird nach längerer Unterbrechung im Sommersemester 1927 wieder Rechtsphilosophie gelesen, und zwar von Prof. Dr. **Burckhardt**. Das Bedürfnis nach der philosophischen Erkenntnis des Rechts wächst nach dem uns gewordenen Bericht dauernd.

Im Seminar von Prof. **Reichesberg** werden Fragen speziell der Wirtschaftsphilosophie sehr häufig behandelt.

Birmingham.

Aus dem Vorlesungsverzeichnis der Universität: In der philo-sophischen Fakultät unter Leitung von Professor L. J. Russell, M. A., B. Sc., D. Phil., und Lecturer John W. Harvey, M. A., werden gelesen Platos Republic, being an Introduction to Philosophical Problems. — General Ethical and Political Theory. — History of Ethical Theory. — Presocratic Philosophy, Socrates and Plato. — Kant and his successors. — Logical Theory and General Problems of Philosophy.

In der juristischen Fakultät: Jurisprudence. Historical and Analytical, by Professor Smalley-Baker.

In der Fakultät für Handel: Professor Rees: Economic History. The lectures will be devoted to an outline of the economic history of England, both as an important part of the general

history of the nation and as a necessary introduction to the analysis of present-day economic conditions.

The latter part of the course will deal with the chief social movements and theories of the 19th and 20th centuries, including combinations of Labour and of capital, Joint Stock and Co-operative Organisation, Factory Legislation, Individualist and Socialist doctrines, etc.

Derselbe: History of Economic Thought.

This course will deal with the history and modern developments of economic theory. Students will be expected to examine the original writers, and to present a series of essays covering the whole ground.

Professor J. G. Smith: Economics.

The lectures will consider the fundamental conceptions, Wealth, Value, Supply and Demand, Cost of Production. They will analyse the meaning of the terms Capital, Rent, Wages, Profit, Interest; and the nature of Currency. They will explain the effects of Taxation and National Debt.

Bologna.

Nella facoltà di giurisprudenza di questa Università, insieme al corso di Teoria generale del diritto tenuto dal professore Cesarini Sforza è tenuto l'insegnamento di „Storia delle dottrine filosofiche del diritto“. Si tengono in oltre conferenze sulla „storia del movimento economico corporativo fino di nostri giorni“. Si annunzia quest'anno qualche dissertazione di laurea sulla storia del movimento corporativo (Zünftengeschichte).

Bonn a. Rh.

Geh. Rat Professor Dr. Hans Schreuer liest im Sommersemester über „Soziologie“. Heinrich Lenz legte eine Dissertation: Autorität und Demokratie in der Staatslehre von Hans Kelsen vor.

Braunschweig.

Im Vorlesungsverzeichnis der Technischen Hochschule sind folgende Vorträge angekündigt: für das Wintersemester 1926/27: Professor Dr. Moog: „Hauptprobleme der Philosophie der Gegenwart“ und „Staats- und Gesellschaftsphilosophie“. Privatdozent Dr. Gronau: „Die Philosophie Platons und ihre Nachwirkungen bis in die Gegenwart“, sowie Übungen über „Einführung in System und Geschichte der Philosophie“. Professor Dr. Saeger: „Einführung in die Wissenschaft von Recht und Staat.“ Professor Dr. Roloff: „Staat, Wirtschaft und Technik in ihren wechselseitigen Beziehungen.“ Für das Sommersemester 1927: Prof. Dr. Moog: „Soziologie.“ Privatdozent Dr. Gronau: „Schopenhauer, Wagner, Nietzsche.“

Catania.

Prof. Giuseppe Mazzeola hat einen Lehrauftrag für juristische Ethnologie und veranstaltete einen Kursus über „Ursprung des Rechts“. Er arbeitet an einem umfassenden Werk unter dem Titel: „Studi di Etnologia Giuridica“.

Edinburgh.

Dem Vorlesungsverzeichnis 1926/27 der University of Edinburgh, Faculty of Arts, entnehmen wir:

Philosophy by Professor Kemp Smith and Mr. Anderson.

Moral Philosophy, by Professor Taylor.

Social Ethics, by Mr. Barker.

Professor Taylor: Discussions on Plato's Laws, Aristotle's Ethics, Spinoza's Ethics and Kant's Critique of Practical Reason.

Aus dem Vorlesungsverzeichnis der Faculty of Law:
Professor Wilson L. L. B.: Jurisprudence (Philosophy of Law).

Frankfurt a. M.

Professor Dr. Hans **Cornelius** hält im Sommersemester 1927 eine einstündige Vorlesung über „Der Staat und das Recht“.

Bei der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität wurde ein Rechtsvergleichendes Institut gegründet.

Die Akademie der Arbeit in der Universität stellt sich die Aufgabe, Männer und Frauen aus dem Arbeitsleben zur verantwortlichen Mitarbeit auf allen Gebieten des öffentlichen Lebens, vor allem in der wirtschaftlichen, sozialen und politischen Selbstverwaltung heranzubilden. Im Lehrplan des sechsten Lehrganges (1926 bis 1927) tritt gegenüber der stofflich-systematischen Anordnung des vorigen Lehrplanes der pädagogische Zusammenhang des Gesamtplanes stärker hervor. Der Aufbau jedes der großen Lehrgebiete — Wirtschaft, Recht, Staatslehre und Politik, Gesellschaftslehre und Sozialpolitik — erhält eine einschneidende zeitliche Gliederung durch die Einteilung in drei Trimester, von denen im Gesamtablauf des Lehrganges das erste als Vorbereitungs-, das zweite als Lehr- und das dritte als Zielkurs sich darstellt.

Freiburg i. Br.

Im Sommersemester werden in der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität folgende Vorlesungen gehalten: Geschichte der Rechtsphilosophie von Geh. Rat Prof. Dr. von Rohland; Einführung in die Soziologie von Prof. Dr. Kantorowicz.

Aus dem Wintersemester 1926/27 ist eine Dissertation zu nennen: Walter Grieb: „Naturrechtliche Strömungen der Gegenwart in Deutschland“.

Gießen.

In der Juristischen Fakultät der Universität liest im Sommersemester Professor Dr. Steinbüchel über „Grundfragen der Gesellschafts- und Rechtsphilosophie“.

Göttingen.

Im Sommersemester liest Professor Dr. Julius **Binder** über „Rechtsphilosophie“.

Graz.

Im Laufe des Wintersemesters hielt Oberlandesgerichtsrat Professor Dr. Ernst **Swoboda** im Rahmen der volkstümlichen Vorträge der Universität eine Reihe von Vorträgen über „Die Bedeutung Kants für unser bürgerliches Recht“.

Halle a. d. S.

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität kündigt für das Sommersemester 1927 folgende Vorlesung an: Prof. Dr. Joerges: „Kants und Hegels Gesellschafts- und Rechtsphilosophie“. Die Dissertation des cand. rer. pol. Franz Wilhelm Koch: „Über den Zusammenhang von Philosophie und Theorie der Wirtschaft bei Adam Smith“ ist von der Fakultät angenommen.

In der Philosophischen Fakultät liest im Sommersemester Prof. Dr. jur. et phil. Georg Brodnitz: Einführung in die Soziologie.

Von Heinrich Borchert wurde im Wintersemester 1926/27 eine Dissertation über „Der Begriff der Kultur“ angenommen, eine weitere von Otto Donath über „Vom Ethos rationalisierter Arbeit“ eingeliefert.

Hamburg.

Im Wintersemester 1926/27 wurde eine Vorlesung über „System der „Rechtsphilosophie“ von Prof. Dr. Hans **Reichel** abgehalten. Prof. Stammler hielt eine einmalige Gastvorlesung über „Das Endziel der Politik“. Von Heinrich Schröder wurde eine Dissertation „Die Sozialwissenschaft Adam Müllers. Eine Untersuchung über die Stellung des theoretischen Denkens der Romantik in der Geschichte der Nationalökonomie als Wissenschaft“ vorgelegt.

Für das Sommersemester sind folgende Vorlesungen angezeigt: Professor Zimmermann: Internationale Sozialpolitik. — Professor **Hashagen**: Staats- und Soziallehren der Antike und des Mittelalters. — Professor Herrmann: Politische und wirtschaftliche Hauptströmungen von 1848 bis zur Gegenwart. — Professor W. Stern: Philosophische Weltanschauungen des 19. Jahrhunderts. — Dr. Sauer: Hume, Kant und die gegenwärtige Erkenntnislage. — Dr. Bondy: Kriminalpsychologie. — Professor Heimann: Ökonomische und geistige Probleme des Sozialismus.

Hannover.

An der Technischen Hochschule wird in einer Vorlesung über „Einführung in die Rechtswissenschaft und Grundzüge des bürgerlichen Rechts“ mit der „Rechtsphilosophie“ begonnen.

Heidelberg.

An der Philosophischen Fakultät der Universität habilitierte sich Dr. Karl Mannheim für das Fach „Soziologie“ mit einer Habilitationsschrift „Altkonservatismus“. Das Thema seiner öffentlichen Antrittsvorlesung lautete: „Zur gegenwärtigen Lage der Soziologie in Deutschland“.

Jena.

Dem Vorlesungsverzeichnis der Universität entnehmen wir für das Sommersemester 1927 folgende Vorlesungen: Oberverwaltungsgerichtsrat Prof. **Koellreutter**: Allgemeine Staatslehre. Derselbe hält ein „Politisches Seminar“ ab. Oberlandesgerichtsrat Prof. **Fischer** hält ein „Rechtsphilosophisches Seminar“ ab. Prof. Jerusalem behandelt im „Soziologischen Seminar“ die Soziologie der Stände im modernen Staat. Eine Vorlesung über Geschichte der volkswirtschaftlichen Theorien kündigt Geh. Rat Prof. Elster an und hält volkswirtschaftliche und sozialpolitische Übungen. Ähnliche Übungen veranstaltet Prof. Keßler. Prof. Bauch liest über Logik und Erkenntnistheorie.

Professor Dr. C. A. **Emge** folgte für zwei Semester einem Ruf an das Herder-Institut in Riga und wird erst im Sommersemester zurückkehren.

Im Seminar für Rechtsphilosophie (Prof. Dr. H. A. **Fischer**) wurden anknüpfend an Hobbes die ersten Entwicklungen des Naturrechts betrachtet.

Köln.

Im Wintersemester 1926/27 las an der Albertus-Magnus-Akademie Dr. Gottlieb **Söhnngen** über „Einführung in die methodische

Struktur der Schriften des hl. Thomas von Aquin. — I. Teil: „Sentenzen- und Aristoteles-Kommentare.“ Ferner hielt er „Übungen zur thomistischen Wissenschaftslehre — I. Teil: Allgemeine und besondere Gegenstandslehre“. Im Auftrage der „Thomas von Aquino-Gesellschaft“, Düsseldorf, hielt Dr. Söhngen an den „Akademischen Kursen“ daselbst mehrere Vorträge über das Thema: „Der Staat als Rechts- und Kulturgemeinschaft nach der Lehre des Thomas v. Aquin.“

Kowno (Kaunas).

Die Juristische Fakultät der Universität Kaunas hat zwei Abteilungen, eine juristische und eine volkswirtschaftliche. In beiden Abteilungen liest Professor Dr. Petras **Leonas** Rechtsenzyklopädie, nur in der juristischen Abteilung liest er über „Geschichte der Rechtsphilosophie“. Seine Vorlesungen über „Rechtsenzyklopädie“ hat er veröffentlicht und bereitet den Druck seiner Vorlesungen über „Geschichte der Rechtsphilosophie“ vor. Es erschien ferner von ihm auf dem Gebiete der Rechtsphilosophie eine Schrift: „Kollektivismus in den Novellen des Litauischen Civilrechtes“, sowie eine Abhandlung über „Kant in der Geschichte der Rechtsphilosophie“. In der Seminarbibliothek der Juristischen Fakultät, die mehr als 3500 Bände umfaßt, befinden sich zahlreiche Werke über Rechtsphilosophie.

Münster i. W.

Professor Dr. Max **Ettlinger** hielt im Wintersemester 1926/27 im philosophischen Seminar Übungen für Vorgeschrittelte über „Grundbegriffe der Sozialpsychologie“, im Sommersemester 1927 hält er solche über „Sozialpsychologie der Kinder und Jugendlichen“.

New Haven (U. St. A.).

Aus dem Vorlesungsverzeichnis der Yale University:

History of Economics, by Mr. Day.
 International Law, by Mr. Borchard.
 Socialism and Social Reform, by Mr. Furniss.
 Statistical Method, by Mr. Whelden.
 Derselbe: Economic Statistics.
 Method of Economics, by Mr. Day.
 Applied Sociology, by Mr. Davie.
 Self-Maintenance of Society, by Mr. Keller.
 Derselbe: Sociological Systems.
 Mr. Spykman: Principles of Government.
 Derselbe: History of Political Theory.
 Derselbe: Factors in International Relations.
 Mr. Conover: Principles of Legislation.
 Mr. W. W. Cook: Jurisprudence.
 Mr. Northrop: The Foundations of Logic.
 Derselbe: Philosophy of Science.
 Derselbe: Problems in Logic and Methodology.
 Mr. Sheldon: Introduction to Philosophy.
 Derselbe: Modern Idealism.
 Mr. Bennett: Ethics.
 Mr. Bakewell: Political Philosophy.
 Derselbe: The Philosophy of Aristotle.
 Mr. Hoisopple: Social Psychology.
 Derselbe: Modern Psychological Theory.

Parma.

Professor Dr. Alessandro **Levi** liest „Philosophie des Rechts“ (Philosophische Einführung in das Rechtsstudium; Antike und mittelalterliche Philosophie); ferner „Das Problem der Gesellschaft der Nationen“. Fausto Fogli promovierte mit einer Arbeit über „Die politisch-religiöse Gedankenwelt des Marsilius von Padua“.

Riga.

Die Rechtsphilosophie hat hier seit Jahren in Professor **Sokolowski** einen besonderen Vertreter gefunden. Da er aber Riga verließ, um in Deutschland wissenschaftlichen Arbeiten obzuliegen, erging die Berufung für Rechtsphilosophie und Soziologie an Prof. Dr. C. A. **Emge**, Jena, der sie für zwei Semester annahm. Er las im Herbstsemester Philosophie des Rechts und Soziologie (Allgemeine Lehren), liest im Frühjahrssemester Soziologie (Besondere Lehren), Einführung in den Geist der Hegelschen Philosophie, und hält zusammen mit Dozent Dr. Stavenhagen Übungen über das Geltungsproblem ab.

Tharandt.

Siehe „Aus unserem Mitgliederkreise“.

Wien.

Es wurden im Wintersemester 1926/27 folgende Vorlesungen gehalten: Professor **Leo Strisower**: Geschichte der Rechtsphilosophie; Professor Dr. **Alexander v. Hold-Ferneck**: Geschichte der nachkantischen Rechtsphilosophie; Privatdozent Dr. **Felix Kaufmann**: Rechtsphilosophie; Dozent **Fritz Schreier**: Die Lehre von der Interpretation. Wirtschaftsphilosophische Fragen kommen vereinzelt zur Erörterung in den volkswirtschaftlichen und gesellschaftswissenschaftlichen Übungen von Professor **Spann**, in den volkswirtschaftlichen Übungen von Professor **Mayer** und im Seminar für theoretische Nationalökonomie von Professor **Mises**. Im Sommersemester 1926 hielt Privatdozent Dr. **Kaufmann** eine Vorlesung über die Beziehungen zwischen Rechts- und Wirtschaftsphilosophie; ferner Professor **Kelsen** über „Reine Rechtslehre“.

Seit dem Mai 1926 wurden 14 Dissertationen über rechtsphilosophische Themen geliefert.

Lehraufträge erhielten: Professor Dr. **Leo Strisower** und Prof. Dr. **Alexander v. Hold-Ferneck** für Geschichte der Rechtsphilosophie; Professor Dr. **Alfred Verdroß** für systematische Rechtsphilosophie; Professor **Kelsen** für Rechtsphilosophie (alle mit Lehraufträgen für Völkerrecht bzw. Staatslehre verbunden).

Im Rahmen des juristischen Seminars besteht eine rechtsphilosophische Bücherei unter Leitung der Professoren **Menzel** und **Kelsen**, die zirka 800 Bände umfaßt. Wirtschaftsphilosophische Literatur ist im volkswirtschaftlichen Seminar stark vertreten.

Polizeidirektor Dr. **Bruno Schultz** verdanken wir die Mitteilung, daß am Kriminalistischen Institute der Polizeidirektion in Wien im Sommersemester 1927 u. a. folgende Vorlesungen stattfinden: Dozent Dr. **Türkel**: Allgemeine Kriminalistik; Hochschulprofessor **Ziegler**: Privatwirtschaftswissenschaft; Universitätsprofessor **Hofrat Dr. Lenz**: Kriminalbiologie; Universitätsprofessor Dr. **Bühler**: Hauptrichtungen der Psychologie der Gegenwart; Universitätsprofessor Dr. **Raimann**: Einführung in die forensische Psychiatrie.

2. Aus unserm Mitgliederkreise.

In diesem Bericht sind die an die Schriftleitung bis zum 15. März 1927 gelangten Mitteilungen verwertet. Fortsetzung in den folgenden Hefen. Die Namen der Mitglieder der IVR. sind durch Fettdruck kenntlich gemacht.

Athen.

Professor Dr. G. S. **Maridakis** liest im zweiten Semester des akademischen Jahres 1927 an der Universität über „Familien- und Erbrechtsverhältnisse im internationalen Privatrecht“.

Bautzen.

Rechtsanwalt Dr. W. **Oppermann** hielt am 10. Mai 1926 im Arbeitsrechtlichen Institut der Universität Leipzig einen Vortrag über „Die rechtsphilosophischen Grundlagen des heutigen deutschen Arbeitsrechts“, der im Verlage von W. Moeser in Leipzig im Druck erschienen ist (Druckschriften des Deutschen Anwaltvereins Nr. 3).

Am 7. Dezember 1926 sprach er in einer Versammlung des Dresdener Anwaltvereins über den Entwurf eines Arbeitsgerichtsgesetzes, wobei er besonders auf die rechtsphilosophischen Grundlagen des Arbeitsrechts einging. Mitberichterstatte war Reichsgerichtsrat a. D. Dr. **Bewer**.

Belgrad.

Professor Dr. Thomas **Givanovitch** veröffentlichte folgende Arbeiten: 1. La mesure de sureté doit-elle se substituer à la peine ou simplement la compléter? Rapport présenté au Congrès international de Droit criminel 1926, in der Revue internationale de Droit pénal 1926; 2. L'état du droit et de la science juridique serbe et le travail législatif dans le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes (conférence faite le 27. septembre 1923 aux Cours internationales de Hautes Ecoles à Vienne [en allemand] complétée), in dem Bulletin de la Société de législation comparée, 1926; 3. Übertretungen, 2. Aufl. (in serbischer Sprache) 1926; 4. Über die Beleidigung und Verleumdung, 2. Aufl. (in serbischer Sprache) 1927.

Berlin.

Regierungsrat a. D. Rechtsanwalt Dr. Kurt **Ball** habilitierte sich für Öffentliches Recht an der Handelshochschule Berlin.

Direktor Rechtsanwalt Friedrich **Blach** veröffentlichte zwei Aufsätze: „Die Wirtschaftsreform der öffentlichen Betriebe“ (Deutsche Wirtschafts-Zeitung XXIII. Jg., Nr. 37, Verlag Reimar Hobbing, Berlin) und „Gegen den modernen Staatskapitalismus“ (Beilage „Kommunal- und Staatsbedarf“ des Preuß. Verwaltungsblattes).

Ministerialrat Dr. Kurt **Häntzschel** hat im Jahre 1926 folgende, das Gebiet der Rechtsphilosophie und Gesetzgebung berührende Schriften veröffentlicht: „Die Verfassungsschranken der Diktaturgewalt des Art. 48 der Reichsverfassung“ in Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. V (1926) Heft 2. — „Der Begriff des Preßvergehens“ (unter besonderer Berücksichtigung der in Vorbereitung befindlichen Neuordnung des Preßrechts) in Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Bd. 47 (1926) S. 417. — „Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung und die Schranken der allgemeinen Gesetze des Artikels 118 der Reichsverfassung“ in Archiv des öffentlichen Rechts, 1926 S. 228. — „Journalistenrecht und innere

Freiheit der Presse“ (die Frage eines Journalistengesetzes betreffend) in Deutsche Verwaltungs-Kartothek vom 1. Januar 1926. — „Der verantwortliche Schriftleiter“ (Begriffsbestimmung im Zusammenhang mit dem zur Zeit dem Reichstag vorliegenden Gesetzentwurf zur Änderung des Preßgesetzes). Außerdem befindet sich aus seiner Feder ein neuer Kommentar zum Reichspreßgesetz, enthaltend das gesamte Reichs- und Landespreßrecht, im Druck.

Geh. Justizrat Prof. Dr. jur. Ernst **Heymann** wurde zum ständigen Sekretär der Preußischen Akademie der Wissenschaften ernannt. Er veröffentlichte im Jahre 1926 als Beitrag zur Stammler-Festschrift: „Recht und Wirtschaft in ihrer Bedeutung für die Ausbildung der Juristen, Nationalökonomen und Techniker“ (auch einzeln erschienen). Zu Ehrenbergs Handbuch steuerte er die Darstellung des Handelsmaklers und zum Handwörterbuch der Rechtswissenschaft den Artikel „Englisches Recht“ bei.

Rechtsanwalt Dr. jur. Alfred **Karger** veröffentlichte die vierte Auflage seines Buches „Steuerlich zweckmäßige Testamente und Schenkungen“. Im Verein für Reform des Aktienrechts hielt er das Korreferat über „Reform des Aufsichtsrats“ und auf der Hausbesitzertagung vom 4. Juli 1926 das Referat über „Fragen des Immobiliarkredits und der Steuergesetzgebung“.

Professor Dr. Carl **Koehne** veröffentlichte im Archiv für Rechts- und Gesellschaftsbiologie Bd. 18 Heft 4 einen Aufsatz „Gobineau und Disraeli“.

Justizrat Dr. **Magnus** schrieb im Jahre 1926: Tabellen zum Internationalen Recht, Heft 1 und 2 (Franz Vahlen, Berlin).

Dr. jur. Fritz **Tänzler** veröffentlichte im Verlag Fr. Zillesen, Berlin C 19, eine Studie über „Internationale Sozialpolitik“.

Rechtsanwalt Dr. jur. **von der Trenck** hat in der Juristischen Wochenschrift 1926, Seite 2661, den grundsätzlichen methodologischen Versuch gemacht, die Theorie des unendlich Kleinen und der Annäherungsrechnung für die juristische Methode auszuwerten, indem er den Grundsatz vertreten hat, daß in allen Fällen, wo ein Tatbestand zwischen zwei Gesetzestypen fällt und das am stärkeren Tatbestande Fehlende relativ gering, insbesondere unendlich klein ist, nach den Grundsätzen der Infinitesimalrechnung der streitige Tatbestand dem stärkeren Tatbestand grundsätzlich gleichzustellen, der unendlich kleine fehlende Unterschied also zu ignorieren und der relativ unendlich große Unterschied gegenüber dem schwächeren Tatbestande zum vollen Unterschied zu ergänzen ist.

Bonn/Rhein.

Rechtsanwalt Felix Joseph **Klein I** schrieb ein Büchlein: „Der Gütegedanke im Recht“, welches starke Beachtung gefunden hat.

Bremen.

Rechtsanwalt Dr. Gustav Adolf **Salander** veröffentlichte eine Schrift: „Vom Werden der Menschenrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte unter Zugrundelegung der virginischen Erklärung der Rechte vom 12. Juni 1776.“ (Heft 19 der Leipziger rechtswissenschaftlichen Studien.)

Breslau.

Dr. Arthur **Wegner**, Privatdozent in Hamburg, wurde zum ord. Professor für Strafrecht in Breslau ernannt.

Budapest.

Staatssekretär Dr. Elemer **Hantos** schrieb in französischer Sprache „La Monnaie, ses systèmes et ses phénomènes en Europe centrale“ (Paris, 1927, Bibliothèque internationale d'Economie Politique). Diese Schrift enthält eine Arbeit, die er im Auftrage des Wirtschaftlichen Komitees des Völkerbundes vorbereitet hat.

Privatdozent Dr. Barna **Horváth** veröffentlichte 1926 folgende Abhandlungen: 1. Staatsorgantheorie. Acta litterarum ac scientiarum regiae universitatis Francisco-Josephinae. Sectio: Juridico-Politica. Tom. 1. Fasc. 5. Szeged, 1926. 2. Der Funktionsbegriff der Gesellschaft und des Staates. 3. Die Grundlagen der „universalistischen Metaphysik“ in der Rechtsphilosophie Julius **Binders** (Zeitschrift für öffentliches Recht, VI 1, 1926). Ferner ein größeres Werk: „Die Natur der sittlichen Norm“ (ungarisch, mit deutscher Inhaltsübersicht), Verlag der „Ofener Wissenschaftlichen Gesellschaft“, Budapest. Er ist in die wissenschaftspolitische Sektion des ung. Unterrichtsministeriums berufen worden.

Darmstadt.

Justizrat Rechtsanwalt Adolf **Lindt** veröffentlichte in der „Verkehrsrechtlichen Rundschau“ einen Aufsatz: „Beweissicherung im Strafprozesse“.

Dresden.

Amtsgerichtsrat Dr. Gerhard **Ledig** veröffentlichte in den Annalen der Philosophie eine Arbeit „Irrationales in Kants Erkenntnislehre“.

Ehrenfriedersdorf.

Bürgermeister Dr. jur. Dr. rer. pol. Werner **Löffler**, Volkswirt RDV., schrieb im Jahre 1926: „Die moderne Konzernierung.“ Das Werk ist in den in- und ausländischen Tages- und Fachzeitschriften anerkennend gewürdigt worden. Dr. Löffler wurde zum Vorstandsmitglied des Landesverbandes für Volksbildung Sachsen und zum Leiter der Beamtenfortbildungskurse gewählt. Sein Aufgabenkreis umfaßt Allgem. Rechtslehre sowie Staats- und Verwaltungsrecht.

Florenz.

Prof. Dr. Alessandro **Levi**: siehe Rubrik „Pfleger der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie an den Hochschulen“ unter P a r m a.

Frankfurt/Main.

Von Dr. Reinhold **Horneffer** (z. Z. London) erschien im September 1926 eine Schrift über „Hans Kelsens Lehre von der Demokratie“, welche in unserem Archiv demnächst besprochen werden wird.

Universitätsprofessor Dr. Karl **Strupp** wurde zum Mitglied der Académie Diplomatique Internationale in Paris ernannt.

Freiburg i. Br.

Dr. Heinrich **Stoll**, a. o. Professor für römisches und bürgerliches Recht einschl. Arbeitsrecht, ist einer Berufung als ord. Professor an die Universität Tübingen gefolgt.

Göttingen.

Von Bibliotheksrat Dr. Wilhelm Fuchs wird ein Aufsatz: „Lex permissiva, Indifferenzstandpunkt, rechtsleerer Raum, Lückenfrage“ in Revue internationale de la théorie du droit (Internat. Ztschr. f. Theorie des Rechts) Jg. 1 (1926/27) H. 3 erscheinen.

Graz.

Das erste Heft des 28. Bandes der „Zeitschrift für angewandte Psychologie“ bringt eine Arbeit des Privatdozenten Dr. Ernst Seelig (Kriminologisches Universitätsinstitut Graz) über „Die Registrierung unwillkürlicher Ausdrucksbewegungen als forensisch-psychodiagnostische Methode.“

Oberlandesgerichtsrat Prof. Dr. Ernst Swoboda hielt auf Einladung des Preußischen Richtervereins am 10. Oktober 1926 auf dem Preußischen Richtertag in Kassel einen Vortrag über „Österreichisches Gerichtswesen und der Kampf der österreichischen Richter um ihre Unabhängigkeit“. Im Dezember veröffentlichte er einen Aufsatz zum „Österreichischen Leibrentengesetzentwurf“, im Dezemberheft der Deutschen Richterzeitung einen Aufsatz „Zum Gesetzentwurf über die unehelichen Kinder“. Siehe auch: Pflege der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie an den Hochschulen unter Graz.

Der o. ö. Universitätsprofessor Dr. phil., theol., rer. nat., rer. pol. Johann Ude will in seinem Werk „Das Wirtschaftsideal des Volks- und Staatshaushaltes“ das warenökonomische Problem als Hauptproblem auf der Grundlage der absoluten Ethik gelöst wissen. Der Leitsatz dieses Problems gipfelt in dem Satz: Je mehr Boden, Bodenprodukte, Arbeitskraft, Zeit und Kapital innerhalb eines begrenzten Wirtschaftsgebietes zur Herstellung schädlicher, nicht notwendiger und unnützer Dinge verwendet werden, desto weniger Boden, Bodenprodukte, Arbeitskräfte, Zeit und Kapital bleiben für die Herstellung notwendiger, nützlicher und angenehmer Waren (Bedürfnisgüter).

Greifswald.

Landgerichtsrat Dr. Heinrich Herrfahrdt hat sich im November 1926 an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Greifswald als Privatdozent für die öffentlich-rechtlichen Fächer und für Arbeitsrecht habilitiert.

Halle.

Geh. Rat. Univ.-Prof. Dr. A. Finger veröffentlicht im 92. Bd. des Gerichtssaal „Studien zum Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, allg. T., 1. Abschnitt“; er liest im gegenwärtigen Semester über „Soziologie“ und hat für das nächste Semester eine Vorlesung „Einführung in die Politik mit besonderer Berücksichtigung der Lehre von den politischen Parteien“ angekündigt.

Hamburg.

Heinrich Beck, Beratender Volkswirt RDV., wurde im Sommer 1926 von der Handelskammer Hamburg zu einer wirtschaftswissenschaftlichen Studienreise nach den Vereinigten Staaten entsandt. Die wissenschaftlichen Ergebnisse seiner Reise will er demnächst in einer Abhandlung vorlegen.

Innsbruck.

Professor Dr. phil. et jur. Karl **Wolff** veröffentlicht ein Buch: „Juristische Person“ und aufgegebenes Grundstück, Privatrechtliche Fragen unter rechtslogischen Gesichtspunkten. Er hält im Sommerhalbjahr eine Vorlesung über „Einführung in die normativen Wissenschaften“, ferner rechtsphilosophische Übungen.

Jena (und Weimar).

Professor Dr. C. A. **Emge** veröffentlichte im Jahre 1926 eine Arbeit „Über die Idee“ in der Festschrift für Rudolf Stammler, ferner eine größere Arbeit „Über den philosophischen Gehalt der religiösen Dogmatik“. Ein Vortrag in der Jenaer Dozentenvereinigung über das Hegelwort „Was vernünftig ist, das ist wirklich“ (Hegels Rechtsphilosophie, Vorrede v. 1820) erschien in den Veröffentlichungen der Herder-Gesellschaft in Riga. Im Archiv für systematische Philosophie und Soziologie Band XXIX veröffentlichte er einen Aufsatz über „Axiomatik und Definition des Gesellschaftsbegriffs“, in der Sammlung „Wissen und Wirken“ ein Buch über „Hegels Logik und die Gegenwart“. Im Februar 1927 erschien ein Aufsatz über „Praktische Philosophie und Rechtsphilosophie“ in Heft 2 der neuen Rigaischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft.

Kassel.

Herr Oberlandesgerichtsrat Heinrich **Götte** teilt uns freundlichst mit: Am 10. Oktober 1926 sprach vor dem 5. Preußischen Richtertage Prof. Dr. Erich Jung-Marburg über „Rechtsphilosophische Fragen im praktischen Rechtsleben“. Der Vortrag ist in den gedruckten „Verhandlungen des 5. Preußischen Richtertages“ wiedergegeben.

Am 5. Januar 1927 sprach vor der „Wissenschaftlichen Vereinigung der akademisch gebildeten Finanzbeamten“ — von diesen veranstaltet —, dem „Preußischen Richterverein“ und anderen Verbänden des „Reichsbundes der höheren Beamten“ Prof. Dr. Graf zu Dohna (Bonn) über „Beziehungen und Begrenzungen von Strafrecht und Verwaltungsrecht“.

Königsberg/Pr.

Justizrat Dr. Carl **Siehr** veröffentlichte einen Beitrag in der Juristischen Wochenschrift „Grundsätzliches über Rechtsangleichung“. Ein von ihm in der Deutschen Gesellschaft zu Königsberg gehaltenen Vortrag über „Kant und das Freie Wort“ wurde in der Zeitschrift des Vereins für die Geschichte von Ost- und Westpreußen Jg. 1927 Nr. 2 zum Abdruck gebracht. Dieser Vortrag sowie ein Vortrag über „Gerechtigkeit und Tapferkeit bei Kant“ erschien auch als Broschüre (Königsberg, 1927).

Krefeld.

Amts- und Landgerichtsrat Dr. Artur **Weinmann** veröffentlichte in den letzten Monaten u. a.: 1. „Das Bürgerliche Recht an Hand von praktischen Fällen.“ 3. Bd. Besonderes Schuldrecht. — 2. „Die privatrechtliche Klausurarbeit für das Referendarexamen. Eine praktische Anleitung an der Hand von Beispielen zur schriftlichen Lösung von Rechtsfällen in Übungen und Prüfungen.“ — 3. „Die Preußische Ausbildungsordnung für Juristen vom 11. August 1923.“ Textausgabe mit Erläuterungen. 2. vermehrte und verbesserte Auf-

lage. Er ist weiter Herausgeber des nunmehr im 2. Jahre erscheinenden Blattes: „Der junge Rechtsgelehrte. Zeitschrift für Studium, Ausbildung und Prüfung der Juristen.“

Leipzig.

Reichsgerichtspräsident Dr. **Simons** wurde zum ord. Honorarprofessor für Völkerrecht an der Universität Leipzig ernannt.

London.

Staatsanwaltschaftsrat Dr. Dr. **Wilke**, deutscher Staatsvertreter beim deutsch-englischen Schiedsgericht, veröffentlichte folgende Arbeiten: „Die Ausbildung der englischen Juristen“ (Deutsche Juristen-Zeitung), „Grundlinien des schottischen Privatschiedsrechts“ (Auslandsrecht), „Römisches Recht im britischen Imperium“ (Deutsche Juristen-Zeitung), „Einige Bemerkungen über das schottische Schiedsverfahren“ (Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen).

Luzern.

Dr. Placidus **Meyer von Schauensee**, Vizepräsident des Luzernischen Obergerichts, wird in Heft 7 Bd. 62 der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins als Mitarbeiter während eines halben Jahrhunderts begrüßt. In Heft 8 wird ein Bild seiner lebhaften literarischen Tätigkeit entworfen, mit der er Theorie und Praxis des Rechts befruchtet hat. (Siehe auch Neue Züricher Zeitung, 147. Jg., Nr. 885.) Seine „Lebenserinnerungen“ haben eine über die Schweiz weit hinausgehende dokumentarische Bedeutung.

Münchenstein (bei Basel).

Dr. Roman **Boos** ist Herausgeber der monatlichen Korrespondenz „Phänomene und Symptome“, die auf einer festen rechtsphilosophischen Grundlage aus dem deutschen Idealismus heraus stehen.

Münster i. W.

Auf Antrag der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät Kiel hat der Minister für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung Herrn Professor Dr. Johann **Plenge**, Münster i. W., für das Wintersemester 1926/27 mit Gastvorlesungen in Kiel beauftragt. Professor Plenge wird in der zweiten Hälfte des Semesters sechs Wochen in Kiel über „Wirtschaft und Gesellschaft“ lesen und daneben Übungen über „Unternehmung und Unternehmungsorganisation“ abhalten. Den Vorlesungen und Übungen werden die dynamischen Anschauungstafeln des Instituts für Organisationslehre und Soziologie Münster i. W. zugrunde liegen.

Nymegen.

Rechtsanwalt Dr. jur. J. C. **Baak** veröffentlichte im „Gids“ „Het Fascisme en het moderne Italie“ und als selbständiges Buch „Der Inhalt des modernen Völkerrechts und der Ursprung des Artikels 10 der Völkerbundsatzung“ (Berlin, 1926). Das Buch bezeichnet sich selbst als eine Fortbildung der „Reinen Rechtstheorie“ der Wiener Schule in der Richtung einer nicht nur auf die abstrakte Geltung des Rechts und ihren Stufenbau (nach Baak: Primat des Völkerrechts) abstellenden, sondern auch inhaltlichen Abgrenzung des Völkerrechts von den anderen Rechtsgebieten einerseits, von der Politik andererseits, sowie in der Richtung der Entwicklung eines „inhaltlich-reinen“ Rechtssystems nach immanentem Maßstab.

Priebus (Kreis Sagan).

Amtsgerichtsrat Dr. Erwin **Pätzold** ist nach einjährigem Studium in Paris nach Priebus zurückgekehrt.

Tallinn (Reval).

Eugen **Maddison**, Generalsekretär im Innenministerium, veröffentlichte im Jahre 1926 „Die nationalen Minderheiten Estlands und ihre Rechte“. Er vertrat die estländische Regierung auf dem 2. internationalen Kongreß, der im Jahre 1923 in Brüssel tagte, und wurde von ihr für den im Juni d. J. in Paris stattfindenden 3. internationalen Kongreß der Verwaltungswissenschaften als Vertreter delegiert. Er ist ständiges Mitglied der permanenten Kommission des internationalen Kongresses der Verwaltungswissenschaften.

Tharandt.

Dr. Friedrich **Raab**, bisher Privatdozent der Philosophie an der Universität Gießen, wurde am 1. Oktober 1926 als ord. Professor der Volkswirtschaftspolitik an die Forstliche Hochschule in Tharandt berufen. Er hält im Wintersemester eine Vorlesung über „Grundfragen der Rechts-, Staats- und Wirtschaftsphilosophie“, die die erste philosophische, insbesondere rechtsphilosophische Vorlesung an der Hochschule in Tharandt sein dürfte. Seiner Antrittsvorlesung lag das Thema „Die Stellung der Forstwissenschaften im System der Wissenschaft“ zugrunde. Er veröffentlichte eine Arbeit über Sozialpsychologie in dem Sammelwerk „Einführung in die neuere Psychologie“, herausgegeben von Saupe, ferner die zweite Auflage seiner Schrift über „Wege zur Steuerermäßigung, Ziele und Wege umfassender Sparpolitik“. Ab 1. April d. J. wird er zusammen mit Oberregierungsrat Dr. Dr. Conrad vom Landesfinanzamt Kassel eine Vierteljahresschrift „Reich und Länder“ herausgeben, die in vergleichender Darstellung die Rechts-, Verwaltungs- und Finanzentwicklung der deutschen Länder, insbesondere, soweit sie durch ihr Verhältnis zum Reich bedingt ist, behandelt.

Tübingen.

Professor Dr. Johannes Bapt. **Sägmüller** veröffentlichte im vergangenen Halbjahr: Lehrbuch des Katholischen Kirchenrechts, 4. Aufl., Band I, Teil II: Die Quellen des Kirchenrechts (Freiburg, 1926).

Wien.

Privatdozent Dr. Josef **Dobretsberger** veröffentlichte in diesem Jahre: „Die Begriffsbestimmung des Rechts in der phänomenologischen Rechtsphilosophie“ in der Zeitschrift für öffentliches Recht V, Heft 2, und einen Aufsatz über „Grenznutzenlehre und Erkenntniskritik“ in der Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik.

Zum korresp. Mitglied der Preußischen Akademie der Wissenschaften wurde der Ehrenvorsitzende unserer IVR., Geheimrat Professor Dr. Ludwig **Wenger**, ernannt.

3. Neue ordentliche Mitglieder.

Seit 16. Dezember 1926. Abgeschlossen 15. März 1927.

- Dr. Tullio A s c a r e l l i, Universitätsprofessor, Rom 27;
Dr. D. A v r a m, Rechtsanwalt, Bukarest, Vasile Lascar 11 A;
Reg.-Rat a. D. Dr. Kurt B a l l, Rechtsanwalt, Privatdozent an der Handelshochschule, Berlin-Wilmersdorf, Berliner Str. 61;
Dr. jur. Roman B o o s, Münchenstein bei Basel, Schloßmatte;
Dr. jur. Heinz B r a u w e i l e r, Berlin W 15, Meierottostraße 10;
Dr. Otto C o n r a d, Regierungsrat, Sekretär der Kammer für Handel, Gewerbe und Industrie, Wien IV, Florergasse 7;
Dr. Wilhelm C r a m e r, Rechtsanwalt und Notar, Bremen, Sögestraße 62/64;
Dr. phil. Arthur D i s s i n g e r, Pforzheim, Kronprinzenstraße 12;
Geh. Reg.-Rat Dr. phil. Adolf D y r o f f, o. Professor der Philosophie an der Universität Bonn, Baumschulallee 3 a;
Dr. G. E d l i n, Rechtsanwalt, Zürich, Rämistraße 39;
Dr. A. C. E l s b a c h, Privatdozent an der Universität, Utrecht, Burgemeester Reigerstraße 78;
Dr. Herbert E r d m a n n, Rechtsanwalt, Elbing, Kettenbrunnenstraße 4;
Dr. rer. pol. Rudolf H a m m e r, Geringswalde, Bez. Leipzig;
Dr. Werner H a e n s e l, Rechtsanwalt, Zittau i. Sa., Am Park 6;
Karl H e r r m a n n, Regierungsrat, Magdeburg, Gustav-Adolf-Straße 21;
Dr. Fritz K a l i s c h e r, Rechtsanwalt, Berlin W 9, Linkstraße 38;
Geh. Justizrat Dr. jur. Theodor K i p p, o. Professor der Rechte an der Universität, Berlin-Charlottenburg, Neue Kantstr. 22;
Geh. Justizrat Dr. h. c. Wilhelm K i s s k a l t, Generaldirektor, München, Königinstraße 107;
Dr. Anton K l o s t e r m a n n, Rechtsanwalt und Notar, Berlin W 8, Friedrichstraße 59/60;
Erich K l u s t, Syndikus, Landgerichtsrat a. D., Neustadt O.-S., Obervorstadt 20;
Dr. Walter K r a m e r, Hagen i. W., Buscheystraße 36;
Herbert K r a t z, Regierungsreferendar, Rastenburg, Landratsamt;
R. Helmut K ü l z, Referendar, New York N. Y., USA., Columbia University, 1029 John Jay Hall;
Geh. Justizrat Dr. Wilhelm L a f o r e t, o. Professor der Rechte an der Universität Würzburg;
Max L a s e r s o n, Univ.-Professor, Mitglied des lettländischen Parlaments, Riga, Marienstraße 10 b W. 7;

- Dr. Albert L é n á r t , Rechtsanwalt, Budapest VI, Andrásy-ut. 10;
Bernhard L e o p o l d , Bergwerksdirektor, M. d. R., Berlin-Zehlendorf, Knesebeckstraße 2;
Dr. jur. Friedrich L i s t , Vorstand der Hessischen Hochschulbibliothek, Privatdozent für Bibliothekswissenschaften an der Technischen Hochschule Darmstadt, Wilhelminenstraße 22;
Dr. Antonio de L u n a , Professor der Rechtsphilosophie an der Universität, Granada (Spanien), Acera de Darro 62;
Carl M e n n i c k e , Direktor der Deutschen Hochschule für Politik, Berlin W 56, Schinkelplatz 6;
Dr. jur. Friedrich M e s s , Regierungsrat im Ministerium für Volksbildung, Weimar, Bucharterstraße 9;
Dr. phil. Karl M u h s , o. Professor der Staatswissenschaften an der Universität Greifswald, Arndtstraße 7;
Dr. jur. Dr. phil. O e r t e l , Oberregierungsrat, Dresden-N. 6, Wilhelmsplatz 10;
Wilhelm R e u ß , Bürgermeister, Gräfenenthal i. Thüringen;
Dr. Hans R o e g e r , Rechtsanwalt, Leipzig C 1, Königsplatz 17;
Dr. Kurt R u n g e , Rechtsanwalt, Leipzig C. 1, Ferdinand-Rhodesstraße 35;
Dr. Friedrich S c h ö n d o r f , a. o. Professor der Rechte an der Universität, Breslau 16, Fürstenstraße 92;
Dr. Walther S c h o t t e , Herausgeber der Preußischen Jahrbücher, Berlin W 35, Genthiner Straße 13;
Otto T h i e l , M. d. R., Berlin-Wilmersdorf, Kaiserallee 25;
Dr. rer. pol. August U h l , Professor, Gera, Feodorastraße 6;
Universitätsbibliothek, Tübingen, Wilhelmstraße 32;
Vereinigung der höheren Verwaltungsfachbeamten im Versorgungswesen (Ministerialrat Hanns Seel), Berlin-Wilmersdorf, Prinzregentenstraße 66;
Dr. Karl V o g t , Justitiar bei der Deutschen Botschaft in Tokio, Tokio, Kojimachiku Seiyukai Building;
Dr. Wilhelm W e i s b e c k e r , Rechtsanwalt, Kassel, Königsplatz 55;
Dr. W o l f , Rechtsanwalt, Plauen i. V., Bahnhofstraße 61;
Dr. Carl W u p p e r m a n n , Bankdirektor, Düsseldorf, Feldstr. 56;
Dr. Julius Z i e g l e r , Advokat, Hermannstadt, Heltauer Gasse 18.
-

A. Aufsätze.

Die Wirtschaftstheorie als Grundlage der Politik.

Von
R. Wilbrandt.

Dieses Thema beschäftigt mich seit 17 Jahren. Das ergibt bereits, wie gern und dankbar ich es aus den mir angebotenen ausgewählt habe.

Die Wiener Verhandlungen des Vereins für Sozialpolitik im Jahre 1909 hatten in ein Chaos aufgelöst, was an wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen der Politik vorhanden zu sein schien. Ich habe, zunächst wie vor den Kopf geschlagen, dann jahrelang Anhänger der Verneinung, doch schließlich eine Möglichkeit entdeckt, um wieder aufzubauen. Was ich so an neuer Wirtschaftstheorie, als Grundlage der Politik, versuche, ist allerdings von der üblichen Wirtschaftstheorie verschieden. In einem weiteren, umfassenderen Sinn wird daher der Ausdruck „Wirtschaftstheorie“ gemeint sein, wenn ich im Verlauf meiner Darlegungen auch mein eigenes Bemühen berühre. Vorerst aber beginne ich mit einem literarhistorischen Rückblick auf die übliche Wirtschaftstheorie und ihr Schicksal.

Ich gehe aus von den „Klassikern“ als den Meistern der Wirtschaftstheorie im gewöhnlichen Sinne. Sie dienten mit ihrer Theorie ganz unmittelbar der Politik. Denn bei den Physiokraten, bei Adam Smith und seiner Schule, bei Malthus, Ricardo sowie bei all den Ausläufern der Schule und ihren Epigonen hat stets die Theorie zu zeigen gehabt, welche Politik man zu treiben habe: welche Steuerpolitik vor allem, welche Gewerbe- und Handelspolitik, wie die Armenpflege zu gestalten sei, jedoch vor allem immer wieder: wie das von der Theorie durchleuchtete Getriebe privater Geschäftsbeziehungen so wunderbar zweckmäßig auch fürs Ganze des Wirtschaftslebens verlaufe, daß es als das „Natürliche“ nur eine Politik vertrage: die der Enthaltung von allem Eingriff.

Das ist, bei der hier gebotenen Kürze und bei dem nur einleitenden Charakter dieser Ausführungen, in groben Strichen und unter Übergehung abweichender Einzelheiten das bekannte Bild

der Wirtschaftstheorie als Grundlage der Politik des wirtschaftlichen Liberalismus. Die Romantiker, vor allem aber Friedrich List und Karl Marx sind dem dann gegenübergetreten: als Kritiker, als Vertreter einer anderen Politik und demgemäß einer anderen Wirtschaftstheorie, die sich mit derjenigen der Klassiker auseinandersetzte, mehr oder weniger auch an sie anknüpfte. Was unerschüttert verblieb, war der uns hier beschäftigende positive Grundgedanke: Wirtschaftstheorie als Grundlage der Politik. Das blieb auch den Kritikern selbstverständlich. So beruht auch im Marxismus die zu vertretende Politik auf der Theorie von Marx; das Erfurter Programm ist sowohl in seinem Zukunftsteil wie in seinem — inzwischen größtenteils verwirklichten — Gegenwartsteil unmittelbar aus der Marxschen Wirtschaftstheorie abgeleitet. Wie die ganze heutige moderne Welt in ihren Grundzügen eine mehr oder weniger weitgehende Verwirklichung des wirtschaftlichen Liberalismus und so letzten Endes eine Auswirkung der liberalen Wirtschaftstheorie, die bei diesem Siegeszug allerdings von starken, aufstrebenden Interessen unterstützt ward, so ist hier auch der Sozialismus, der nun die Welt weiter umgestaltet, der Verwirklicher eines Programms, das aus einer Theorie hervorgeht. Man ist wahrlich versucht, mit Franz Oppenheimer auf die geschichtliche Tatsache hinzuweisen, daß es nichts Praktischeres als eine Theorie gibt.

Doch damit ist der Höhepunkt dieser Denkweise nun erreicht.

Zwar gibt es Rückfälle in solche Denkart. Oppenheimer selber, den ich nannte, hat sein ganzes theoretisches Lehrgebäude — ebenso wie so viele der Großen unserer Wissenschaft — als immer weiter auszubauendes, gegen jeden Einwurf zu sicherndes Fundament für seine daraus hervorgehende Politik: die gegen den Großgrundbesitz vorgehende, errichtet. Ja, eine ganze Schule, die von Julius Wolf, Ludwig Pohle, Andreas Voigt und Adolf Weber, ist erneut darauf ausgegangen, eine bestimmte Theorie — in diesem Fall: eine neomanchesterliche, um es kurz zu sagen — zur Grundlage ihrer antikathedersozialistischen Politik zu machen. Zuweilen, so vor allem bei Wolf, mit bodenreformerischem Einschlag; wie ja auch die Bodenreformbewegung eine Theorie zur Grundlage hat: die von Henry George. Auch modernste Theoretiker, wie Friedrich von Wieser, Schumpeter und Cassel — Schumpeter nur als neuere Abirrung, die beiden ändern ganz grundsätzlich —, haben wieder die Theorie zur Grundlage der Politik gemacht. Ja, ein andrer moderner Autor erneuert nicht nur den politischen Fanatismus der Liberalen, indem er alles ihrem Programm nicht Ent-

sprechende im gesamten Ausbau der Gegenwart als Destruktionismus abtut, sondern schmückt jenes wieder mit verliebten Augen betrachtete Objekt der Theorie, das Tauschgetriebe, auch weltanschaulich und kulturell, wie eine zum Altar zu führende Braut: die theoretisch zugrunde gelegte Denkart des Hedonismus ist ihm zugleich die einzig mögliche Rationalität überhaupt und der Kapitalismus zugleich die höchste aller bisher erreichten Kulturen.

Dennoch: der Höhepunkt jener Verquickung von — irgendwelcher — Wirtschaftstheorie des üblichen Stils mit einer auf sie zu begründenden Politik ist längst überschritten. Erneuert mag diese Denkweise noch oft werden. Im Grunde aber ist sie erschüttert.

Wäre sie heute noch so selbstverständlich wie von Smith bis Marx, so müßten die akademischen Vorlesungen noch dem ursprünglichen Schema entsprechen: der allgemeine oder theoretische Teil als Grundlage des Speziellen oder Praktischen, die Wirtschaftstheorie als Grundlage der Wirtschafts- und Sozialpolitik. Das ist nicht der Fall. Es kommt vor, daß den Studenten empfohlen wird, den speziellen Teil vor dem allgemeinen zu hören, weil er der leichtere sei. So wenig ist der allgemeine oder theoretische noch die Grundlage des speziellen, der auf die Agrar-, Gewerbe-, Handels-, Verkehrs- und Sozialpolitik oder sonstige, etwa auch Geld-, Börsen-, Bankpolitik des Näheren eingeht. Es wird also nicht mehr im theoretischen Teil die Grundlage des Politischen gelegt; der letztere ist ganz unabhängig vom ersten.

Wie kommt das?

Nun, der bestehende Zustand ist eben längst nicht mehr der, daß die eine oder andere Theorie eine Anweisung für die einzuschlagende Politik ergäbe; daß also das Allgemeine vorausgeschickt, dann dessen Auswirkung und Anwendung im einzelnen dargestellt würde. Im theoretischen Teil der volkswirtschaftlichen Vorlesungen wird die Geschichte der Volkswirtschaftslehre erzählt, die sogenannte „Dogmengeschichte“, und neuerdings auch wieder die Theorie als solche gepflegt, auch vom wirklichen, historisch gewordenen Zustand ein Bild gegeben; zur Grundlage einer irgendwie daraus abzuleitenden Politik aber pflegt das nicht gemacht zu werden. Wie sollte es auch? Wo ist eine allgemein anerkannte Wirtschaftstheorie, an deren praktische Spitze allgemein geglaubt wird? Wo ist der Optimismus, daß unser Objekt sich selber am besten regle, also aus sich heraus die einfachste Politik: die des laissez-faire, ergebe? Keynes hat mit seinem Vortrag über „das Ende des laissez-faire“ der

Zeitstimmung Ausdruck verliehen: es sind Ausnahmen, Rückfälle, Epigonen, die noch oder wieder manchesterlich denken. Und wie sollte das Objekt nur irgend eine *andere* Politik ergeben? Es kann wirtschaftshistorisch und wirtschaftstheoretisch untersucht werden; als reine Erkenntnismethode steigt die Wirtschaftstheorie neben der Wirtschaftsgeschichte wieder empor. Aber wie soll sie ihrerseits eine Politik ergeben?

Der erste Schnitt zwischen Wirtschaftstheorie und Politik ist die Schmollersche Phase der historisch-ethischen Schule. Die historisch-ethische Schule verwarf mehr und mehr, was der Liberalismus optimistisch an theoretisch unterbauten Prinzipien der Politik hatte aufstellen wollen. Sie wies auf die Auswirkung dieser Prinzipien in der Wirklichkeit hin. Sie systematisierte schließlich die allgemeine Enttäuschung. In Deutschland hat — vorbildlich für jüngere Länder — der Verein für Sozialpolitik, in England hat die Fabian Society die Loslösung der Politik von der Theorie zum Ausdruck gebracht: man ging nun nicht mehr von theoretischen Grundsätzen aus, sondern untersuchte die Wirklichkeit und suchte erkannten Mißständen sozusagen theoretisch vorurteilslos abzuhefen. Ja, Max Weber hat als das einzige, die Mitglieder des Vereins für Sozialpolitik vereinende Band die Überzeugung bezeichnet, daß nicht Rentabilität allein das Maßgebende sein dürfte; also gerade nicht jenes Walten des Privatinteresses, an dessen Allgewalt der Liberalismus die Welt hatte glauben machen wollen, als er durch seine Wirtschaftstheorie all die günstigen Auswirkungen eines sich selbst überlassenen Rentabilitätsstrebens zu zeigen versuchte.

Also: man versuchte es nun *ohne* die Theorie. Ja, im Gegensatz zu ihr, im Kampf mit ihr, suchte man soziale Reformen, überhaupt einen aktiven, positiven Neubau der Gesellschaft, als nötig und als möglich zu erweisen.

Was aber legte man dem nun zugrunde? Nichts Theoretisches. Sondern einerseits die in der Weltgeschichte gewonnene Erfahrung, befähigend zu einem „historischen Relativismus“, der das von Fall zu Fall anwendbare, nicht aber, wie der Liberalismus, ein Allerweltsrezept verschreibt; und andererseits, um zu wissen, was denn überhaupt ein „Mißstand“ sei: das persönliche Empfinden, das Mitgefühl, das Ethos des Reformers selbst, die in ihm waltenden ethischen Normen und Kulturideale, das Ahnen einer vom Weltgeist gewollten und sich bereits in der Wirklichkeit ankündigenden Entwicklung zu einem hohen Ziel der Menschheit — kurz: Außerwissenschaftliches und letzten Endes,

wie ich gerade jetzt im „Weltwirtschaftlichen Archiv“ unter dem Titel „Das Ende der historisch-ethischen Schule“ zu zeigen versuchte: eine Weltanschauung aus der deutschen Philosophie in die Nationalökonomie gedungen, an Hegel und überhaupt am Entwicklungsidealismus der nachkantischen Spekulationen orientiert.

Dieser außerwissenschaftliche Hintergrund der historischen Schule hat Erkenntniskritiker auf den Plan gerufen. Max Weber — nach ersten Anregungen von Sombart — ist erkenntniskritisch der Totengräber der historisch-ethischen Schule geworden, aus der er selber hervorging. Er und seine Freunde haben 1909 in Wien die Unhaltbarkeit des erreichten Zustandes der Wissenschaft bewußt werden lassen. So ist es zu einem Chaos gekommen, so auch zu dem Ausgangspunkt meines eigenen Bemühens: dem damals einsetzenden Verzicht auf alle Politik, die im Namen der Wissenschaft auftritt; Theorie und Politik nun nicht nur tatsächlich, sondern erkenntniskritisch getrennt: die Theorie, wie die Geschichte und alle Erfahrungswissenschaft überhaupt, als unfähig erwiesen, irgend eine Politik zu ergeben. Denn keinerlei Erfahrungserkenntnis, so erklärte Max Weber, ist imstande, Werturteile zu produzieren; alles Stellungnehmen, alles praktische Werturteil, alle Politik ist dem einzelnen, ist seinem Gewissen zu überlassen.

Es würde zu weit führen, hier dieser Max Weberschen Erkenntniskritik im einzelnen nachzugehen. Ich muß dafür wie auch für die andere, von mir mit Max Weber als „pseudowertfrei“ bezeichnete Richtung, die sich in Ludwig Pohle und seinen Freunden auf sehr verschiedene, sich wörtlich widersprechende Weise erkenntniskritisch gebärdet, auf meine Abhandlungen der letzten Jahre verweisen, in denen ich all dieser Erkenntniskritik antikritisch nachgegangen und zu überraschenden Ergebnissen gelangt bin: denn auch bei Pohle, ja selbst bei Max Weber, dem unbestreitbar Größten, ist die letzte Wurzel der ganzen Behandlung meiner Wissenschaft wieder in je einem bestimmten Weltanschauungstyp zu finden.

Nur so viel sei, als unbedingt anzuerkennen, aus Max Webers Erkenntniskritik hier herausgehoben: es ist durchaus möglich, erklärt er, wissenschaftlich festgestellte Kausalgesetze für einen als feststehend vorausgesetzten Zweck anzuwenden; nur muß dafür eben ein eindeutig formulierter Zweck vorausgesetzt werden können. Wenn erkannt ist, daß stets a auf b folgt, so braucht man nur b wirken zu lassen, wenn a der gewollte Zweck ist; b ist dann erweisbar zweckmäßig für a. Wir können daraus für unser Thema die Schlußfolgerung ziehen: es ist also an sich

durchaus möglich, daß theoretisch erkannte Kausalgesetze der Wirtschaft einer Politik zugrunde gelegt werden; sie können mit wissenschaftlicher Strenge ein bestimmtes Handeln als zweckmäßig erweisen — vorausgesetzt nur, daß ein bestimmter Zweck gegeben ist, für den das Zweckmäßige gesucht wird. Und das nun eben ist Max Webers endgültiges Argument gegen die Möglichkeit, irgendwie auf Theorie der Wirtschaft eine Politik zu begründen: wo soll der Zweck herkommen, der da vorausgesetzt werden müßte? So etwas mag für die medizinische Wissenschaft und für die Technologie möglich sein, aber nicht bei uns.

Das ist tatsächlich der entscheidende Einwand. Man ist sich dieser Bedingung einwandfreier wissenschaftlicher Politik auf der Grundlage von Wirtschaftstheorie nur zu lange nicht bewußt gewesen. Man gab sich nicht einem feststehenden, allgemein vorausgesetzten und stets ausdrücklich zugrunde gelegten Zweck, sondern vielerlei Zwecksetzungen hin. Manchmal derselbe Autor mehreren zugleich — so Adam Smith —, gewöhnlich jeder Autor einer andern. So wechselten miteinander ab: steuerbarer Überschuß für Staatszwecke — also letzten Endes die Staatsraison — einerseits, und andererseits die Menschen als Selbstzweck; und innerhalb dieses zweiten Zweckes: das Glück der Menschen (Sismondi); ihre ethische Entwicklung gemäß Kant (Bernhardi und, ihm folgend, der junge Schmoller); die Entfaltung von Kunst und Wissenschaft, wenn auch auf Kosten der Massen (Rodbertus, im Anschluß an Hegel); das Wohlbefinden der Massen (die Gründer des Vereins für Sozialpolitik); nicht das Wohlbefinden der Masse, sondern Emporzüchtung edlen Menschentums (Max Weber selbst in seiner Freiburger Antrittsrede, wo ihm — noch vor seiner erkenntnis-kritischen späteren Zeit — übrigens der nationale Machtstaat ebensosehr als Endzweck vorschwebt): kurz, eine Überfülle sich ausschließender Zwecksetzungen; ein Polytheismus in der Brust des anderen Menschen, wie Max Weber ausführt, und keine Versöhnung zwischen all diesen Göttern, sondern ewiger Streit; dem einen Gott dienend, kränken wir den andern.

Das ist es, was nach Max Weber, den ich durch einen literarhistorischen Rückblick auf die Vielheit unserer nationalökonomischen Zwecksetzungen illustrierte, die Begründung von Politik auf Wirtschaftstheorie ausschließt. Wir stehen, so scheint es, vor einer unübersteiglichen Mauer. Denn Max Webers Argument, im Verein mit der literarhistorischen Lage, ist wohl geeignet, uns

jeden Mut zu nehmen. Es sei denn, daß sich doch eine Zwecksetzung finden ließe, auf die man sich zu einigen vermöchte.

Bisher ist außer mir selber, so viel ich sehe, niemand darum bemüht. Vielmehr wird die grundsätzliche Trennung von Wirtschaftstheorie und Politik von modernen Theoretikern stillschweigend oder ausdrücklich zum Ausgangspunkt genommen; so erklärt sich Diehl gegen die Verquickung von Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik: ganz andere Betrachtungen seien anzustellen, sagt er, wo es sich darum handle, ob die Zustände zweckmäßig seien. Neuere Theoretiker, wie Liefmann und Lederer, übrigens auch Sombart, Gottl, Eulenburg und andere, haben sich entweder ausdrücklich Max Weber angeschlossen oder doch die Trennung als unvermeidliche behandelt.

Und wirklich, wo sollte die Zwecksetzung hergenommen werden, die uns streng wissenschaftlich ermöglichen würde, Politik auf Wirtschaftstheorie zu begründen? Einen bestimmten Zweck einfach voraussetzen, wie Smith den Sachgüterreichtum, können wir nicht; schon rebelliert die ganze dadurch vergewaltigte moderne Welt, ja schon Indien und China durch den Mund ihrer Weisen gegen die uns auferlegten Methoden, den Sachgüterreichtum immer weiter zu steigern. Einen ethischen Imperativ aber zu Hilfe nehmen, wie die Nelsonschule es verlangt, hieße die Zwecksetzung von der Ethik abhängig machen, also die Entscheidung in ein noch umstritteneres Gebiet verschieben, ja einen der Götter anbeten und damit — nach Max Weber — die anderen kränken.

Es verbleibt keine Möglichkeit, so scheint mir; es sei denn, daß man aus den luftigen Höhen der höchsten Ziele in die Niederungen des Alltags heruntersteige. Ich weiß nicht, ob ich so etwas den Fachgenossen zumuten darf. Der Nimbus unserer Wissenschaft könnte dabei erst recht verblassen. Denn was übrig bleibt, scheint mir nur noch das eine zu sein: daß man keinerlei Zweck von sich aus setzt oder voraussetzt, sondern lediglich den Zwecken dient, die tatsächlich gewollt werden. Das heißt: daß man lediglich bestrebt ist, wissenschaftlich zu zeigen, wie die Menschen es machen können — unter Umständen: machen müssen —, um ihre Zwecke tunlichst erreichbar zu machen. Und zwar natürlich nur, soweit wir von unserm Fach aus dazu beizutragen vermögen. Also unter Absehen von der speziellen Technik, die für je eine Zwecksetzung das Zweckmäßige angibt, wie auch von denjenigen Zwecken, für die wirtschaftlich nichts getan werden kann; im ganzen: unter Beschränkung auf das, was die Menschen

wirtschaften läßt. Ich meine damit alles das, was getan wird, um es für gewollte Zwecke so wenig als möglich an Mitteln fehlen zu lassen. Und eben dies: daß es für gewollte Zwecke so wenig als möglich an Mitteln fehle, scheint mir eine mit all den tatsächlich gewollten Zwecken zugleich notwendig gegebene Zwecksetzung zu sein. Eben dies daher der Zweck, den wir als gewollt voraussetzen und zu Grunde zu legen haben.

Ich will versuchen, diesen Gedanken kurz in seine Konsequenzen hinein zu verfolgen. In den Kölner Vierteljahrsheften für Sozialpolitik habe ich das im letzten Jahrgang getan. Es handelt sich zunächst um die Konsequenz der Freiheit, die tunlichst jedem, a priori sozusagen, zu belassen ist, damit er seine Zwecke anstreben, seine Wirtschaftsziele setzen und diesen gemäß seine Wirtschaft führen könne, so wie sie dem tatsächlich und am stärksten von ihm Gewollten am besten entspricht, gemäß den obersten Werten, die ihn persönlich leiten. Dieser ersten Konsequenz tritt aber die andere dialektisch gegenüber, daß es für das Gewollte so wenig als möglich an Vorbedingungen der Erreichbarkeit — oder an Mitteln für Zwecke — fehlen soll, wie wir sahen: daß also die völlige Freiheit der Wirtschaftsführung an den Bedingungen tunlichster Erreichbarkeit von Gewolltem ihre Grenze findet. Ja es läßt sich nachweisen, daß unter dem Gesichtspunkt tunlichster Erreichbarkeit des Gewollten manches eine unvermeidliche Sonder- und Vorzugsstellung bekommt. Der tunlichsten Erreichbarkeit halber gilt das für alles das, was die Vorsorge erfolgreich zu machen geeignet ist; und um überhaupt etwas wollen, also überhaupt für gewollte Zwecke die entsprechenden Mittel auch nur brauchen zu können, ganz abgesehen von ihrem Erreichen, also: damit wir nicht gänzlich fehl gehen in der Vorsorge, indem Mittel beschafft werden, die dann zwecklos sind, müssen diejenigen, für die man gerade vorsorgt, vor allen Dingen leben können, also vor allem die Existenz gesichert bekommen. Diese steht mithin unter den genannten Gesichtspunkten voran; und, ihr zunächst, die angedeuteten, Erfolgsgrundlagen: beides als Vorbedingungen tunlichst erfolgreichen Sicherns der Mittel für gewollte Zwecke.

Machen wir uns aus dem so zugrundegelegten, einfach der Wirklichkeit entnommenen Zweckbestreben heraus klar, was rein wirtschaftlich voranzustellen ist im Konfliktfall, so gelangen wir wohl auch zu Konfliktlösungen, ohne welche eine „Politik“ ja nicht denkbar wäre. Ist doch die

Wirtschaftspolitik, wie gelegentlich auch der „Deutsche Volkswirt“ schrieb, eben da am Werk zu finden, wo Gruppeninteressen mit dem Gesamtinteresse zusammenstoßen; und parallel dazu die Sozialpolitik da, wo Gruppeninteresse gegen Gruppeninteresse oder, wie wir zu sagen pflegen, Klasseninteresse gegen Klasseninteresse steht.

Nehmen wir als Beispiel das konfliktvolle Problem der Gewerbefreiheit. Der Liberalismus hatte geglaubt, es leicht hin erledigen zu können. Ihm schien das Gesamtinteresse mit dem der Käufer an guter und billiger Versorgung identisch; und das der Handwerker schien in der allgemeinen Harmonie der freien Konkurrenz so gut wie jedes andere gesichert. Die Handwerkerfrage: der qualvolle Niedergang eines Handwerks nach dem andern, und dann, wenn eins nach dem andern erlegen war: das aus ihm hervorgehende Proletariat der Heimarbeit und der Fabriken, das waren die tatsächlichen Auswirkungen der Gewerbefreiheit für die Handwerker. Sind wir imstande, für einen solchen Interessenkonflikt Beurteilungsmöglichkeiten beizubringen?

Das gewählte Beispiel könnte dazu verlocken, in die letzten Schwierigkeiten einer solchen Konfliktlösung hineinzuleuchten. Denn letzten Endes stehen sich da die Freiheit der Handwerker: auf ihre Art, nämlich wirtschaftlich statisch, technisch traditionell, weiterzuwirtschaften wie bisher, und die Freiheit emporstrebender Bourgeoisnaturen: wirtschaftlich dynamisch, technisch revolutionär, aufzuwirtschaften in einem ihrem Temperament entsprechenden neuen Stil — denn diese beiden Möglichkeiten, jede nach Freiheit für sich verlangend, stehen sich da letzten Endes in unlösbarem Konflikt gegenüber. Wir begreifen daher das Schwanken und den Zickzackkurs z. B. der preußischen Gewerbepolitik im 19. Jahrhundert.

Aber: wie in Bonsels „Indienfahrt“ die Traumnacht mit Huk, dem Affen, zuerst eine wilde Schlacht zwischen Ratten und Katzen, dann aber jäh eine Konfliktlösung zeigt, als die für alle gleich bedrohliche Giftschlange am Eingang auftaucht — so tritt auch hier eine Konfliktlösung jäh dazwischen, wenn es sich um die Existenzfrage für alle handelt. Nicht einmal die Existenz, also jede andere Vorsorge sinnlos — wie wir sahen —: ist dies die Lage, bei stark gestiegener Volksdichte etwa, bei „relativer Übervölkerung“, die nur durch bestimmte Methoden der „Rationalisierung“ vor dem Umschlagen in „absolute“ bewahrt werden kann — dann sind diese Methoden das Gesamtinteresse und müssen irgendwie durchgesetzt, zum mindesten freigesetzt werden. Wenn auch unter tunlichster Schonung und Entschädigung der davon unver-

meidlich hart Getroffenen; denn daß auch sie dabei noch so viel als möglich von ihren Zwecken erreichbar machen können, muß uns ja, wenn wir lediglich den wirtschaftlichen Bemühungen tunlichst die Erfolgsmöglichkeit zu sichern suchen, ebenso wichtig sein, wie das Vermeiden gänzlichen Mißerfolgs durch Vorantstellen und Durchsetzen dessen, was jeweils existenznotwendig.

Die Volksverdichtung im Verhältnis zu allen gegebenen „Hilfsquellen“, in diesem Sinne: die relative Volksdichte, wird so ein maßgebender Gesichtspunkt. Ein Gesichtspunkt freilich, in dessen Problematik ich offen hineinleuchte, wenn ich gerade an meinem Beispiel, der Gewerbefreiheit, auch das ihr entspringende Industrieproletariat und damit — proletarisch rasche Vermehrung berühre. Ein *circulus vitiosus* droht hier: die „Rationalisierung“ zerstörte das Handwerk, führte also zur Proletarisierung; die Proletarisierung bewirkte zügellose Vermehrung — wenigstens zunächst —, die zügellose Vermehrung zieht die Notwendigkeit weiterer parallel damit fortschreitender Rationalisierung nach sich, die wieder weitere Proletarisierung und somit Vermehrung nach sich ziehen mag; ein jüngerer Ländern tatsächlich drohender, an den Geburtenziffern Japans wie einst Englands oder Deutschlands abzulesender Vorgang.

Es mag hier mitwirken, um uns weiterzutreiben von der Wirtschafts- zur Sozialpolitik, die, ohnehin als Fallschirm für die im Gesamtinteresse in die Tiefe geschleuderten Handwerker nötig, auch jenen *circulus vitiosus* zu mildern hilft. Denn was das Proletariat, die in die Tiefe der Abhängigkeit gestürzten, wieder hebt, stützt, ihnen Rückgrat gibt, das läßt sie auch bevölkerungstechnisch wieder bürgerlicher werden, sich darin entproletarisieren.

Wir verlassen daher diesen *circulus* und wenden uns kurz auch der Sozialpolitik zu. Das mit der Gewerbefreiheit entstehende Gegensatzpaar: Kapital und Arbeit, führt aus der Wirtschafts- in die Sozialpolitik hinüber. Unser Beispiel, die Gewerbefreiheit, bietet so beides: wirtschafts- und sozialpolitische Probleme, Konflikte zwischen Gesamt- und Gruppeninteresse und Konflikte zwischen den Klasseninteressen.

Auch zwischen Klasseninteressen kann die Vorrangstellung der Existenz und der Erfolgsgrundlagen entscheiden, wenn wir schlechthin dem tunlichsten Erreichbarmachen wirtschaftlichen Erfolgs — der Erreichbarkeit gewollter Zwecke — dienen wollen. Dann muß auch hier der Gesichtspunkt entscheiden, auf welche Art das Wirtschaften tunlichst erfolgreich gemacht werden könne; das Wirtschaften aufgefaßt als das Bemühen, es

für gewollte Zwecke so wenig als möglich an Mitteln fehlen zu lassen. So wenig als möglich, trotz der gegenseitigen Behinderung, die, bei dichter Bevölkerung gar, jeder für jeden sein kann. Also: unter tunlichst geringer Behinderung durch einander; also so, daß man lieber an Unwichtigem als an Wichtigem behindert werde. Mithin: so, daß das als wirtschaftlich besonders wichtig Erwiesene: Existenz und Erfolgsgrundlagen, auch hier seine Sonderstellung bewahrt: möglichst geringe Behinderung heißt vor allem kein Behindern in dieser doppelten, wichtigsten Hinsicht. Dem entspricht es, wenn vor allem Leben, Existenz, aber auch Gesundheit sowie Möglichkeit persönlicher Entwicklung als Grundlagen künftigen tunlichsten Wirtschaftserfolgs durch Arbeiterschutz gesichert zu werden pflegt. Und „möglichst wenig Behinderung“ ist schließlich auch dadurch verbürgt, daß Übermacht, die in Vertragsschlüssen zur Benachteiligung des wirtschaftlich Schwächeren die Möglichkeit gibt, also zu besonders weitgehender Behinderung verleitet, durch Gegenkräfte aufgewogen wird: so die des übermächtigen Arbeitgebers durch die Erlaubnis zur Koalition der Arbeiter und durch alles, was dem dann gefolgt ist an Ausbau des Koalitionsrechts.

Diese Beispiele müssen genügen. Auf andre Konfliktlösungen: durch das für beide Teile zugleich Günstige und durch Schlichtungsinstanzen, kann ich nicht mehr eingehen. Und ebenso fehlt mir der Raum zum Eingehen auf die Weltwirtschaftspolitik, die erfolgreich bestrebt ist, dies auch international, in der Weltwirtschaft, durchzuführen: als Ausgleich auch zwischen den wirtschaftlichen Interessen der ganzen Welt und denen je eines Volkes, und als Ausgleich auch im Interessenkonflikt zwischen zwei Volkswirtschaften. Da kehren, auf höherer Stufe, in der Weltwirtschaftspolitik, ganz analoge Konflikte wieder; zu unserm Heil allmählich auch Bemühen und Geschick, sie zu lösen.

Auf alles dies nicht mehr eingehend, eile ich zum Schluß; nur wenig ist es, was noch berührt werden muß: muß, um nicht mißverstanden werden zu müssen. Jedoch wenig nur, denn alles übrige gehört in die stille Werkstatt. Auf meinem Österberg bei Tübingen werde ich weiter, im Laufe vielleicht von noch einmal 17 Jahren, den Problemen nachgehen. Schon heute kann ich mit behaglicher Zuversicht sagen, daß sich weitgehend erledigen läßt, was da an neuer Problematik auftaucht. So daß also Wirtschaftstheorie und Politik nicht für immer getrennt,

sondern wieder in das Verhältnis von Grundlage und Ergebnis gebracht werden, mithin auch der sogenannte „Spezielle Teil“ unserer Vorlesungen: die Agrar-, Gewerbe- usw. Politik, einen neuen, spezifisch nationalökonomischen Charakter bekommt. Nur zwei Punkte müssen abschließend noch berührt werden: die Vorbedingungen und die Grenzen solchen Neubaus.

Die Vorbedingungen eines solchen Neubaus sind so zahlreich, daß noch viele Zeit vergehen mag, bis sie erfüllt sind. Vorläufig ist also nach wie vor mit der Trennung zu rechnen, wie sie heute besteht: hie Wirtschaftstheorie, hie Politik, zwei voneinander ganz unabhängige Größen. Soll dieser Zustand überwunden werden, so muß vor allem eine Grundlage geschaffen werden, wie sie heute fehlt: die übliche Wirtschaftstheorie ist dafür nicht ausreichend. Was geschaffen werden muß, kann in gewissem Sinne als Philosophie der Wirtschaft bezeichnet werden; wie ich es bisher auch bezeichnet habe: in meiner „Ökonomie“, mit dem Untertitel „Ideen zu einer Philosophie und Soziologie der Wirtschaft“, und in meiner neueren, den Gesamtaufbau skizzierenden Schrift „Das Problem der Volkswirtschaftspolitik“, wo ich gleichfalls „Die Aufgabe einer Philosophie der Wirtschaft“ zeige. Daß die moderne Wirtschaftstheorie so etwas nicht bietet, wird von Schumpeter mit den treffenden Worten ausgesprochen: „Die exakte Ökonomie ist keine Philosophie des wirtschaftlichen Handelns der Menschen“. „Zu erklären was der Preis ist“, fährt er fort, „und gewisse formale Bewegungsgesetze abzuleiten, ist unser einziges Bestreben.“ Diese Worte Schumpeters charakterisieren die heutige Wirtschaftstheorie. Was wir außer ihr brauchen, ist jenes für unsern Erkenntniszweck ganz anders zu gestaltende „a folgt auf b“, das Max Weber als die typische, auf je einen vorausgesetzten Zweck anzuwendende Erfahrungserkenntnis erwähnte. Das muß in unserm Fall ein Wissen davon sein, wie es gemacht wird, um, trotz schwieriger Lagen, es so wenig als möglich fehlen zu lassen an Mitteln für gewollte Zwecke. Die Wirtschaft muß dafür studiert werden als die Technik der Mangelverhütung. Wissen wir so, wie auf ein Vorgehen b eine bestimmte Mangelverhütung a mit kausaler Notwendigkeit folgt, so können wir nötigenfalls b empfehlen, wenn — gemäß der Lage — a ermöglicht werden muß. Dafür fehlt es bis heute an einer Disziplin, die bei uns zu bieten hätte, was unter den medizinischen Fächern die Physiologie bedeutet: eben die Erkenntnis von den Leistungen oder organischen Funktionen all der zusammenwirkenden Faktoren des

Wirtschaftserfolgs, auch und gerade bei hoher Volksdichte und entsprechend komplizierter moderner Gesellschaft.

Ich muß es mir versagen, auch die andern Stockwerke meines Neubaus hier zu betreten. Ist es einst gelungen, deutlich zu machen, was an sich rein wirtschaftlich möglich ist und unter Umständen: notwendig; wie es sich aber in je einer gegebenen soziologischen Form der Wirtschaft auswirkt, welche Nebenwirkungen es hat, welche Konflikte es auslöst und wie diese zu lösen seien — sind wir also einst ans Ziel gelangt: so werden wir uns doch bewußt sein müssen, nur in engen Grenzen die Beziehung zwischen Wirtschaftstheorie und Politik wiederhergestellt zu haben. Es ist für uns ausgeschlossen, etwas Naturrechtliches, etwas irgendwie Verbindliches, etwas Imperativisches zu statuieren. Nur als Ratgeber vermögen wir aufzutreten. Unter Ausschaltung aller spezifischen Staatspolitik und aller Kulturpolitik also auch aller Kulturideale, Normen und Imperative, müssen wir uns streng auf unser Fach beschränken. Dies hat gefehlt: diese Selbstbeschränkung ist erst zu lernen. Und selbst der rein wirtschaftliche Rat kann nur von Fall zu Fall, nur je nach der Lage gegeben werden; niemals als allgemeines Prinzip. Der ihn gibt, muß daher der Praktiker sein: derjenige, der mit der sich gerade entwickelnden Lage, für die er vorsorgt, tagtäglich vertraut wird. Nur die Ausbildung des Praktikers, nur Richtlinien für ihn, nur die Erziehung zu seiner Aufgabe ist es, die wir ihm mitgeben können. Er wird es sein, der die Tragweite der ihm mitgegebenen Richtlinien erst zur Auswirkung bringt: je nachdem, welchen Gebrauch er von ihnen macht, wird unendlich wirksam oder unendlich gleichgültig sein, was wir ihm an ausgebauter Wirtschaftstheorie mitgeben als Grundlage für die von ihm erst lebendig zu machende Politik.

L'influence du temps sur les rapports de droits.

Par

J. Péritch, Belgrad.

Le temps joue, comme on sait, un rôle considérable dans le domaine des rapports juridiques, dans le Droit public (Droit constitutionnel, Droit administratif, Droit pénal) comme dans le Droit privé (Droit civil et commercial), dans le Droit matériel comme dans le Droit formel (procédures), dans le Droit interne comme dans le Droit externe, international (public, privé, pénal). Partout on rencontre des normes attribuant à des intervalles de temps, plus ou moins longs, des influences qui consistent tantôt dans un terme (Zeitpunkt) tantôt dans un délai (Zeitraum, Frist)¹⁾, normes qu'on doit bien connaître. Car, autrement, on s'expose au risque de subir soit un préjudice matériel soit même un préjudice moral (p. ex. dans le cas où, ayant été calomnié ou diffamé, un particulier n'aurait pas intenté en temps utile un procès pénal au coupable afin de faire constater la calomnie ou l'a diffamation et d'en faire condamner l'auteur). Un droit politique, du moins son exercice, pourrait aussi être périmé à raison de l'inobservation de délais légaux²⁾. On pourrait également souffrir dans sa liberté, notamment dans le cas où un individu qui aurait été illégalement incarcéré par l'autorité d'instruction n'aurait pas, dans le délai prescrit (ordinairement trois jours), usé de son droit d'en recourir devant le tribunal compétent pour faire cesser la détention préventive (habeas corpus): par suite de cette omission, l'individu arrêté resterait en prison plus longtemps que ceci n'aurait pas été le cas, s'il s'était pourvu à temps devant l'autorité judiciaire³⁾. Il n'y

¹⁾ Dr. J. Krainz, Dr. L. Pfaff, Dr. A. Ehrenzweig: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 5. Auflage, 1. Band: Der allgemeine Teil und Sachenrecht. Wien, 1913. S. 363.

²⁾ Ainsi, en matière électorale, si l'on ne fait pas corriger, dans le délai prescrit, les listes électorales sur lesquelles on n'aurait pas été inscrit, on se verrait refuser le droit de vote sur la base de ces listes.

³⁾ Tel est notamment le système des writs du Droit pénal anglais (droit de recours devant la High Cour of Justice) et du Code de procédure criminelle allemand (Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz in der vom 1. April 1924 geltenden Fassung mit Nebengesetzen), § 114 al. 2. Mais, en Droit pénal serbe, p. ex., l'autorité d'instruction est tenue, en cas que le prévenu ne formerait pas de recours contre l'arrêt de détention dans le délai de trois jours, d'envoyer d'office le dossier de l'inculpé à l'autorité judiciaire (v. l'art. 5 de la Constitution du Royaume des Serbes, Croates et Slovènes du 28. juin 1921 qui est conçu aussi dans ce sens).

a que la vie qu'on ne puisse perdre à cause d'une expiration de terme; en effet, si un condamné à mort ne faisait pas emploi de moyen de recours dans le délai fixé par la loi, il ne courrait point le péril d'être exécuté, en supposant, bien entendu, que la peine de mort ait été illégalement prononcée: le dossier de son affaire serait alors envoyé d'office à la Cour de cassation qui annulerait la condamnation à mort sans aucune intervention de l'accusé⁴⁾.

Comme nous voyons, et abstraction faite de ce que nous venons de dire pour une condamnation à la peine capitale, le Droit pourrait, à cause de ses prescriptions relatives aux délais et termes, être comparée un peu à ce parc des *Fliegenden Blätter* lequel, bien que laissé „à la libre disposition du public“, avait été hérissé de tant d'avis contenant des défenses de toutes sortes („verboten“) qu'on n'osait s'y aventurer par crainte de s'attirer quelque amende!

Il en résulterait que ce qu'on devrait, en entrant dans la vie sociale, apprendre en premier lieu ce sont les délais et les termes juridiques, puisqu'il n'y a presque pas de relations sociales qui se trouveraient en dehors du domaine du Droit, lequel, à son tour, est si intimement lié au temps et à son cours. Si l'on veut donc vivre en sécurité, on doit bien se garder d'ignorer les dispositions légales touchant les termes et les délais: tout est un terme ou un délai ici-bas. La vie c'est leur règne c. à. d. le règne du temps⁵⁾.

* * *

C'est surtout en matière de Droit privé que le temps exerce une influence importante: elle est connue sous le nom d'*usucapion* (*Ersitzung*) et de *prescription*⁶⁾. On définit l'*usucapion* comme un cas d'*acquisition de droits* (spécialement de droits réels) et la *prescription* comme un cas de *perte de droits* (droits de créance ainsi que de certains droits réels). En vérité, cette distinction n'est pas exacte, attendu que,

⁴⁾ V. p. ex. §§ 261 et 272 du Code de procédure pénale serbe du 10. avril 1865 (a. st.).

⁵⁾ „... die Zeit ist eine Macht, der sich kein menschliches Gemüt entziehen kann“: Windscheid, *Pandekten*, § 105.

⁶⁾ L'ancienne division avait été: la *prescription acquisitive* (*Acquisitivverjährung*) et la *prescription libératoire* (*Extinktivverjährung*). Le Code civil français de 1804 repose sur cette division: le livre XX (art. 2219 à 2281) où il est parlé aussi de l'*usucapion* est intitulé seulement: „De la prescription.“ Par contre, le chap. IV de la troisième partie du Code civil autrichien (*Allg. bürgerl. Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich*) de 1811 est intitulé: „Von der Verjährung und Ersitzung“ (§§ 1451—1502).

lors de l'usucapion, il y a aussi une perte de droit, de même qu'en cas de prescription il y a également acquisition de droit. En effet, si l'usucapiens acquiert par un long exercice un droit réel (propriété, servitude), celui à qui le droit usucapé appartenait le perd, et, à l'inverse, si, dans une prescription, celui contre qui celle-ci s'est accomplie perd un droit, l'autre, au profit de qui la prescription a eu lieu, acquiert un droit (le débiteur libéré par la prescription acquiert le contenu de la créance, et si c'est p. ex. une servitude foncière ou personnelle qui s'est éteinte par le non-exercice, le propriétaire dont le bien avait été grevé par la servitude voit s'accroître la valeur de son droit de propriété qui ne sera plus entamé par la servitude. Etc.). Dans tous les deux cas (usucapion et prescription), le temps produit donc deux effets : un bien (l'acquisition d'un avantage matériel) et un mal (la perte d'un avantage matériel).

On dit, pour le temps, qu'à la longue il fait disparaître toute souffrance et toute injustice (mettant chacun à sa place) : le temps serait ainsi un guerisseur (de douleurs) et redresseur de torts. En laissant ici de côté l'examen si et dans quelle mesure, en général, cette affirmation répond à la réalité, nous ferons seulement remarquer qu'en ce qui concerne les rapports de droits privés, elle est loin d'être vraie. Car, comme nous venons d'expliquer, si le temps est bienfaisant pour celui qui peut invoquer en sa faveur une usucapion ou une prescription — nous ne nous arrêtons qu'à ces deux instituts du Droit privé — il ne l'est nullement pour la partie adverse. En matière d'usucapion et de prescription, le temps est à la fois bienfaisant et malfaisant, il est d'un double caractère, angélique et satanique, et ressemble au Dieu Janus qui possédait deux faces. Ceci est surtout vrai, lors qu'on se rappelle que l'usucapion resp. la prescription courent contre tout le monde (excepté contre les incapables, dans les limites précisées par les législations positives), par conséquent aussi contre ceux qui se trouvent dans l'impossibilité, même sans leur négligence, d'interrompre le cours de l'une ou de l'autre : l'ancienne règle : *contra agere non valentem non currit praescriptio* ne vaut plus aujourd'hui. En pareil cas, il est difficile de dire que le temps soit un redresseur de torts, puisqu'il prive de son droit un titulaire à qui on ne peut reprocher aucune faute. Le temps n'apparaît pas juste même dans le cas où un créancier aurait omis de poursuivre son débiteur, bien que, par supposition, il l'eût pu : en effet, pourquoi punirait-on ici le créancier au profit d'un débiteur qui a volontairement négligé d'acquitter sa dette (nous prenons

l'hypothèse d'un tel débiteur): le créancier n'a pas fait, il est vrai, son devoir (celui d'exiger l'exécution de l'obligation au jour de son échéance), mais le débiteur n'a pas accompli son devoir non plus, et il semble que ce dernier manquement soit plus grave que le premier. D'ailleurs, peut-on dire que le créancier qui tarde à actionner en justice son débiteur agisse contrairement à ses devoirs? Ne commet-il plutôt une bonne action en donnant du temps à son débiteur de s'exécuter, et pour cette action il est puni de la perte de son droit! On explique, sans doute, la prescription par des raisons d'utilité sociale (qui exigent, dit-on, qu'après un certain laps de temps on ne permette plus de fouiller dans le passé, autrement on n'aurait jamais de paix sociale), mais l'utilité sociale ne signifie nécessairement pas toujours la justice, et nous venons d'en exposer un cas semblable.

Il pourrait en être de même aussi en matière d'usucapion. (Nous envisagerons ici particulièrement l'usucapion du droit de propriété immobilière⁷⁾). Non seulement le possesseur d'un bien d'autrui se trouvant dans les conditions d'usucapion (juste titre, possession légitime, rechtmäßiger Besitz, et bonne foi) est préféré, le temps d'usucapion une fois écoulé, au véritable propriétaire, lorsque celui-ci est coupable de négligence, Fahrlässigkeit (il n'avait rien entrepris pour reprendre son bien au possesseur: en ce cas, sa négligence équivaldrait, pourrait-on soutenir, à une espèce de renonciation à son droit) mais il va avant lui même si le propriétaire est absolument innocent (p. ex. c'était un héritier qui avait ignoré que la chose en question appartenait au defunctus). On justifie cette expropriation du dominus par des motifs économiques: il serait préjudiciable, au point de vue de la production sociale, si, pour respecter le droit du propriétaire, on évinçait le possesseur qui, pendant des années, s'était appliqué, par son travail, à rehausser la valeur du bien possédé. Mais cette explication ne montre qu'une prédominance de la conception matérialiste de la société humaine actuelle (le côté économique en serait la base et l'évolution sociale ne serait, en principe, qu'une évolution des rapports économique, le côté spirituel de la société ne venant qu'en sous ordre) sans diminuer l'injustice causée au propriétaire.

⁷⁾ Pour l'usucapion des meubles v. l'art. 2279 al. 1 du Code civil français („En fait de meubles la possession vaut titre“), le § 932 du Code civil allemand, le § 367 du Code civil autrichien, § 221 du Code civil serbe, dispositions où l'ancien système d'usucapion de choses mobilière du Droit romain (et, partiellement du moins, du Droit des Pandektes) a beaucoup perdu de son application (surtout en Droits français et allemand).

(L'injustice consiste ici à punir quelqu'un qui n'est pas coupable: la conception chrétienne le cède à la conception payenne, matérialiste, de tout à l'heure). Du reste, l'usucapion est admise même dans le cas où le possesseur n'aurait en rien avancé le bien qu'il détient: il suffit, en effet, que la possession soit une possession qualifiée (c. à. d. utile pour l'usucapion) pour se transformer, après l'expiration du délai légal, en droit de propriété et sans que la chose possédée ait subi tant soit peu l'empreinte du travail du possesseur. Quelle est ici la raison de la spoliation du dominus? Apparemment la même qu'on matière de prescription: c. à. d. le désir de laisser le passé tranquille afin de ne pas troubler la paix sociale: un droit (celui du propriétaire) est sacrifié à un intérêt (social). Mais pourquoi s'arrêterait-on, dans cette logique, aux seuls biens matériels: ou pourrait, en invoquant la même raison, l'intérêt et l'utilité sociaux, ôter aussi la vie à un particulier non coupable. A la place de la règle chrétienne: *Fiat iustitia pereat mundus*, la règle payenne: *Fiat mundus (c. à. d. societas) pereat iustitia!*

Ces quelques exemples pris à la Science de Droit privé démontrent suffisamment, croyons-nous, que le temps dont on a fait un justicier, une espèce de Dieu de l'Équité, n'en est aucunement un et qu'au contraire très souvent il ne fait que consacrer des iniquités. Si c'est un dieu c'est un dieu payen, en tous cas ce n'est pas un dieu chrétien. L'usucapion et la prescription, ses enfants, ressemblent, à ne pas s'y tromper, à leur père ou, mieux, ils en trahissent bien les traits.

* * *

On attribue en outre à ce justicier, le temps, une grande puissance, la toute-puissance, dans le domaine du Droit. Il y crée et détruit (surtout par l'expiration du terme ainsi que par l'usucapion et la prescription). Une des meilleures preuves de la force créatrice du temps en matière juridique — bornons-nous ici au côté positif de sa force — c'est la règle: *Prior tempore potior iure*: si deux particulier se trouvent, quant à l'acquisition d'un même droit privé, dans les mêmes conditions c'est celui qui précède par le temps qui l'emporte sur celui qui lui succède. Ainsi p. ex. si le propriétaire d'une chose mobilière promet celle-ci à deux acquéreurs successifs et qu'il ne l'ait encore livrée ni à l'un ni à l'autre, alors le premier acquéreur a la priorité comme *prior tempore*: c'est à lui, comme *potior iure*, que le dominus sera tenu de remettre la chose. De plusieurs acquéreurs successifs d'un immeuble c'est

celui-là qui aura le premier demandé la transcription (Eintragung) dans les livres fonciers (Grundbücher) qui deviendra propriétaire. La célérité est décisive ici [Marcel Planiol, dans son *Traité élémentaire de Droit civil* dit: celui qui va le plus vite (physiquement) aura le dessus (juridiquement)], c'est une vraie course entre les acquéreurs d'un même bien immobilier (il en est également des autres droits sur les immeubles sujets à transcription: servitudes, hypothèques, charges réelles: Reallasten, etc.). Les moyens de communication (voiture à chevaux, chemins de fer, automobiles, aéroplans) sont à cet égard aussi d'une grande importance: ils peuvent permettre p. ex. à un créancier hypothécaire d'arriver plus rapidement devant le conservateur des hypothèques (Grundbuchrichter) et de s'assurer ainsi, vis-à-vis d'autres créanciers hypothécaires, un rang plus haut. Les moyens de communication raccourcissent les distances et font gagner, de la sorte, du temps: les inventions techniques ne sont donc pas non plus sans signification pour les rapports juridiques. Ordinairement on ne tient compte, dans le Droit privé matériel, que de journées (dies), les heures sont, en principe, indifférentes: néanmoins, il y a des droits privés où, comme p. ex. les brevets d'invention (Patente), on prend en considération même les minutes, cinq minutes plus ou moins font acquérir ou perdre un droit de priorité, ce sont là vraiment des minutes fatales. En somme, ce qui fait donc acquérir ici un droit c'est le temps, sans lui (c.à.d. en cas de retard) on est évincé par un autre qui a eu le temps de son côté.

* * *

Qu'y a-t-il à déduire de tout ce qui précède? Ceci, suivant une première conception, que les rapports de droits, comme tout le reste, sont dans le temps et en dépendent, ils ne sont qu'un substratum de la loi du temps, ce qui veut dire que l'homme, lui aussi, est, en matière de Droit, assujetti à la même loi, donc non seulement en tant qu'être organique mais aussi en tant qu'être juridique: il est également, en cette dernière qualité, un substratum faible, docile du dieu le Temps. Avec le temps, les rapports juridiques changent et se modifient sans que l'homme puisse l'empêcher ou y contribuer, et l'homme ne peut par conséquent porter, dans le domaine de l'évolution du Droit, aucune responsabilité de même qu'aucun mérite ne saurait lui incomber de ce chef: que le temps exerce une influence bienfaisante (quand il fait acquérir ou conserver un droit) ou une influence malfaisante (lorsque, par suite de

prescription, un droit vient à cesser), l'homme, voire la société humaine, est toujours hors de cause: pas d'imputabilité pour l'un comme pour l'autre. Ce à quoi tout ceci est imputable c'est le temps.

* * *

Une autre conception considère, à l'inverse, l'institution de délais et de termes juridiques comme une pure création rationnaliste de l'homme. En effet, l'homme c. à d. le législateur pourrait ne soumettre les droit à aucune limitation de temps, et, en réalité, il existe de tels droits privés: notamment le droit de propriété ne peut jamais s'éteindre par le non-usus (prescription), pourvu qu'un tiers ne possède pas le bien du dominus. Il y a plus: dans certaines législations, le droit de propriété reste intact même si le bien du propriétaire est possédé par un autre à condition que ce dernier le possède sans titre (ohne Titel) ou mala fide⁸⁾. Le droit de succession ab intestato est également illimité quant à sa durée, et l'institution d'interruption d'usucapion ou de prescription est aussi de nature à prolonger ad infinitum l'existence d'un droit. Quant à la longueur des délais, le législateur y procède également d'une façon arbitraire, et on s'en convainc le mieux en lisant les lois de différents pays: un même délai est ici plus long qu'ailleurs.

Il s'ensuit que les délais et les termes sont purement l'oeuvre du législateur (de l'homme): le temps n'a rien à y voir, l'homme se sert, au contraire, du temps comme bon lui semble, et s'il y a quelqu'un ou quelque chose qui soit ici un substratum c'est plutôt le temps que l'homme. Aussi est-ce bien celui-ci à qui sont imputables les effets malfaisants des usucapions ou des prescriptions, de même que si l'institution de délais et de termes amène des résultats bienfaisants, il en a aussi le mérite. Le temps est ici parfaitement hors de procès, il est innocent pour le mal comme il ne peut prétendre à aucun mérite pour le bien.

Quant à la formule *prior tempore potior iure*, elle est également une solution rationnaliste du législateur: en effet, celui-ci est obligé de trancher les conflits entre les particuliers

⁸⁾ Tel est, p. ex., le Code civil serbe de 1844 (v. son § 926). Contra le Code civil français où il peut y avoir usucapion même en ce cas (après une possession de trente ans: l'art. 2262). Pour la *longissimi temporis praescriptio* (plus exactement ici: *usucapio*, der *Ersitzung*) en Droit autrichien v. le § 1477 du Code civil autrichien. V. aussi les §§ 900. et 927. C. c. allemand.

remplissant, tous, toutes les conditions nécessaires pour l'acquisition d'un droit sur un même objet, et il le tranche en faveur de celui qui est *prior tempore*, mais si le temps produit ici ce résultat ce n'est pas en tant que temps, il le produit parce que le législateur le veut ainsi. D'ailleurs, le législateur, qui récompense ici celui qui est *prior tempore* (en cas de transcription dans les livres publics ou de notification lors de la cession d'une créance, le législateur donne une prime à celui qui a été le plus rapide c. à. d. qui a gagné la course), aurait pu aussi se servir d'un autre criterium et décider p. ex. que le particulier le plus pauvre aurait la préséance. En conséquence, la règle: *Prior tempore potior iure* ne signifie pas que le temps soit omnipotent en fait de création de droits, tout au contraire elle signifie plutôt l'omnipotence du législateur qui, comme Blackstone l'avait dit d'une façon si curieuse, peut tout sauf de faire d'une femme un homme ou d'un homme une femme⁹⁾.

C'est donc, suivant cette conception, le législateur (l'homme) qui est créateur et destructeur de droits et non pas le temps, c'est bien lui, l'homme, qui est ici l'agens, les normes juridiques en général et celles concernant les délais et les termes en particulier ne sont pas un produit du temps mais de la raison humaine dont les rapports juridiques sont ainsi un substratum. C'est donc l'homme sur qui pèse la responsabilité pour la vie juridique de la société, et la conception suivant laquelle c'est le temps qui serait générateur de droits n'est qu'un essai des hommes de se soustraire à la responsabilité qu'ils doivent assumer du fait de l'évolution du Droit c. à. d. du fait de l'évolution sociale totale, évolution dont le Droit n'est que le couronnement. La vie social est la matière, le Droit en est la forme (forme plus ou moins imparfaite): le législateur est un artiste, or tout artiste répond de son oeuvre. Et c'est aussi dans le même but de s'affranchir de ladite responsabilité que les hommes ont inventé l'adage: *Tempora mutantur et nos in illis* (c. à. d.: s'il y a des changements sociaux c'est au temps que nous les devrions, c'est lui qui en serait la cause et le responsable), mais en vérité c'est tout autrement, notamment: *Homines mutantur et tempora in illis*: c'est nous qui changeons en entraînant avec nous aussi le

⁹⁾ V. les observations de Mr. le prof. F. Larnaude (Paris) sur l'étude de Mr. L. Guérin, *Etude sur les droits et libertés du Citoyen aux Etats-Unis*, publiée par le „Bulletin de la Société de législation comparée“ de France, avril-mai 1892, p. 394.

temps, le temps n'est qu'un reflet de nos propres changements et non pas qu'au contraire nous serions un reflet des changements du temps.

* * *

Et, toujours suivant cette dernière conception, le temps n'existe en général pas, comme l'espace n'existe pas, d'après elle, non plus. En effet, de même que nous avons la notion de l'espace grâce à la matière qui le remplit, de même nous n'avons la notion du temps qu'à raison des phénomènes et des événements sociaux: sans la matière nous n'aurions pas la notion de l'espace, sans les phénomènes et les événements nous n'aurions pas la notion du temps. La matière ne se trouve pas dans l'espace qui serait quelque chose d'indépendant vis-à-vis d'elle mais bien c'est elle, la matière, qui fait naître chez nous l'idée de l'espace. La vie sociale dont la vie juridique est l'expression la plus parfaite ne se passe pas dans le temps qui serait quelque chose d'indépendant vis-à-vis d'elle mais c'est bien elle, la vie sociale, qui fait naître dans notre conscience l'idée du temps. Le jour où il n'y aurait plus de vie sociale c. à d. où il n'y aurait plus d'hommes, il n'y aurait plus de temps non plus.

Comme on voit, ce qu'on appelle le temps ce ne sont que les phénomènes sociaux c. à d. les hommes. Et lorsque ceux-ci, dans la première conception, font retomber sur le temps la responsabilité pour l'évolution sociale, en réalité ils la font encore retomber sur eux-mêmes, puisque, comme nous venous de dire, le temps ce sont eux. En dernière analyse, dans l'une comme dans l'autre conception, l'homme est et reste seul responsable des phénomènes sociaux et par suite aussi des phénomènes juridiques. Or où est la responsabilité là doit être aussi le pouvoir. En matière de droits c'est donc à l'homme c. à d. à l'esprit humain qu'il faut reconnaître la puissance de créateur. Les normes juridiques sont et doivent être des inventions, Erfindungen (non pas les découvertes, Entdeckungen) des individualités comme manifestation la plus haute de l'esprit humain.

Rejetons donc la conception du temps comme créateur de droits et de rapports sociaux, conception qui, tout en ne pouvant rien contre la réalité (et celle-ci est que ce sont les hommes qui créent ici), aboutit seulement à ce résultat — cause principale du désordre actuel dans l'Humanité — que les hommes entendent posséder le pouvoir mais sans en porter la responsabilité.

Statisches und dynamisches Recht.

Von

Amtsgerichtsrat Dr. Alfred Müller, Ölsnitz i. V.

Eine eingehende Verfolgung der Gedanken, die Spengler im „Untergang des Abendlandes“ auf der Grundlage seiner Geschichtstheorie über die „juristische Statik“ der Römer und eine „juristische Dynamik“ als Aufgabe der abendländischen Rechtswissenschaft entwickelt hat, zeigt, daß hier tatsächlich ausschlaggebende Faktoren der Rechtsgestaltung berührt werden und daß sie für die Erkenntnis des Rechts sowohl nach der philosophischen wie nach der konstruktiven Seite hin fruchtbringend sind. Ich beschränke mich darauf, das statische Denken der Römer, das in den Begriffen und der Sprache ihres Rechts überaus deutlich zum Ausdruck kommt, und im Gegensatz dazu die nicht so offen zutage liegende, durch die verhängnisvolle Rezeption gehemmte dynamische Denkweise in unserem Recht in den Grundzügen aufzuzeigen. Gerade die Gegenüberstellung der beiden verschiedenen Denkweisen läßt ihre tiefgreifende Bedeutung erst recht erkennen.

Die beiden Grundbegriffe des römischen Rechts sind *persona* und *res*. Person und Sache sind in der Vorstellung der Römer die beiden juristischen Arten von Körpern. Denn Personen und Sachen sind Körper, und nur Körper können Person oder Sache sein. Nur der leibliche Mensch wird als Person anerkannt. Die unkörperliche sog. juristische Person ist dem römischen Recht fremd. Sie taucht erst in der späteren Kaiserzeit auf, und Spengler hat m. E. überzeugende Gründe dafür beigebracht, daß sie hier eine Schöpfung der ins Römerreich eindringenden „arabischen“ Kultur, also nicht mehr ein Gewächs der Antike ist¹⁾. *Res* im Rechtssinne sind ebenfalls nur die *res corporales*. Die *res incorporales*, die in den Pandekten nur kurz erwähnt werden²⁾, spielen im römischen Rechtssystem keine Rolle, und man wird

¹⁾ Das neue Gebilde wurde nicht als *persona* bezeichnet, dieser Ausdruck war festgelegt. Wie eingewurzelt übrigens die körperhafte Vorstellungsweise im Rechtsdenken auch damals noch war, geht daraus hervor, daß man, um die juristische Person in das Recht einzuführen, einen Körper fingierte. *Corpus* wurde geradezu der Ausdruck für Rechtsfähigkeit (D 47, 20, 1, 1).

²⁾ D 1, 5, 1, wo Beziehungen wie *obligatio* und *hereditas* als *res incorp.* bezeichnet werden. — Die irrige Meinung, daß die Römer die Rechte als *res incorp.* angesehen hätten, ist schon wiederholt bekämpft worden.

in der Annahme nicht fehlgehen, daß sie auch eine Zutat späterer Zeit sind.

Jeder Körper, d. h. jeder geformte Stoff, ist juristisch Person oder Sache. Die rechtlichen Beziehungen werden als Lagen dieser Körper zueinander gedacht. Diese Richtung des römischen Rechtsdenkens hat im Grunde schon Puntschart³⁾ mit seiner „Theorie der Rechtsverbände“ erkannt. Die römischen Juristen, so führt er aus, nehmen ihren Ausgangspunkt nicht wie die moderne Rechtstheorie vom subjektiven Recht, sondern vom angewandten objektiven Recht, nach ihrer Anschauung werden durch die Anwendung der Rechtsnormen auf bestimmte Personen und Sachen diese zu bestimmten Zwecken rechtlich „verbunden“; zur technischen Bezeichnung dieses Rechtsverbandes dient der Ausdruck *juris nexus* oder *juris vinculum*, der durchaus anschaulich zu nehmen ist; dem entsprechen die in der Rechtssprache häufig vorkommenden Verba, die ein Binden, Verbinden, Anbinden, Anheften und im Gegensatz dazu ein Lösen oder Befreien ausdrücken. Hält man sich nun vor Augen, daß die Glieder dieser „Rechtsverbände“, die Personen und Sachen, Körper sind, so tritt das Bild des statischen Denkens klar hervor⁴⁾.

Die Grundbegriffe *persona* und *res* als die beiden juristischen Arten von Körpern schufen eine feste und klare Grundlage für ein statisches Rechtssystem. Drei Möglichkeiten von Lagen ergaben sich: die Lage der Person zur Person, die der Person zur Sache und die der Sache zur Sache. Sie sind, wie sich aus dem folgenden ergeben wird, im römischen Recht klar herausgearbeitet worden. Dadurch wurde ein Recht von der gleichen Durchsichtigkeit und Anschaulichkeit geschaffen, wie sie die euklidische Mathematik besitzt.

Das römische Recht geht vom einzelnen Menschen aus. Es untersucht zunächst, in welcher Lage er sich zu anderen Menschen befindet. Drei solche Lagen, *status* genannt, werden unterschieden: *libertatis*, *civitatis*, *familiae*. Danach bestimmt sich das, was wir Rechtsfähigkeit nennen, wofür die Römer keinen Ausdruck haben.

³⁾ Die moderne Theorie des Privatrechts und ihre grundbegrifflichen Mängel. Leipzig 1893.

⁴⁾ Auch die Bemerkung Puntscharts, daß die Römer nicht wie die abendländischen Juristen das subjektive Recht zum Ausgangspunkt nehmen, ist von Bedeutung. Denn dies tun, heißt die Frage nach der rechtlichen Wirkungsmöglichkeit der Person in den Mittelpunkt rücken, also dynamisch denken. Interessant ist ferner die Bemerkung Puntscharts, daß schon die Glossatoren — also die ersten abendländischen Juristen, die sich mit dem römischen Recht befaßten — die „Theorie der Rechtsverbände“ nicht mehr kannten.

Nur der freie Mensch ist Person, der Sklave ist Sache, gleichgültig, welche Stellung er wirtschaftlich einnimmt. Er steht daher im Eigentum des Herrn, ist in seiner Hand (*manus*), die seine Lage, also die Lage des einen Körpers zum anderen bestimmt. Nur zufolge dieser Lage ist der Sklave Sache. Er kann Person werden dadurch, daß der Herr ihn freiläßt. Das geschieht durch *manumissio*: der Herr läßt den Sklaven aus seiner Hand, wodurch die bisherige Lage zu ihm aufgehoben wird ⁵⁾.

Der *status civitatis* bezeichnet die Lage der freien Menschen zueinander, die sich aus ihrem räumlichen Zusammenleben in der *urbs Romana* ergibt. *Civitas* ist eine Summe freier Menschen, die durch ihr Zusammenleben an einem bestimmten Ort verbunden sind. Die anderen sind *peregrini*, „Wanderer“, Zugewanderter, die nicht an den Ort gebunden sind und deren Lage zu den anderen Menschen nicht dadurch bestimmt ist. Daß die ursprünglich faktische räumliche Lage später nur noch als rechtlich gedachte besteht, bedeutet lediglich ein Fortschreiten vom anschaulichen zum abgezogenen Denken. Das römische *jus civile* findet nur auf den *civis Romanus* Anwendung. Jede *civitas* hat ihr eigenes Recht. Jedes Recht hat seinen bestimmten Platz ⁶⁾. Bei der Vielheit der Rechte war es eine außerordentlich praktische Frage, welches Recht im Verkehr von Angehörigen verschiedener *civitates* untereinander gelten solle. Da hierbei weder das Recht der einen noch der andern *civitas* angewandt werden konnte,

⁵⁾ Ein außerordentlich bezeichnendes Beispiel dafür, wie stark die statische Denkweise die Rechtsfolgen bestimmte, bietet das *jus postliminii*. Die vorübergehende Änderung der Lage des Bürgers zu seinen Mitbürgern beeinflusst seinen Rechtsbestand nicht, wohl aber eine endgültige. Gerät ein römischer Bürger in Kriegsgefangenschaft, so kommt er in eine sklavenähnliche Lage, er ist in fremder Hand. Solange bis sich entscheidet, ob er zurückkehrt, bleibt sein gesamter Rechtsbestand, der in seiner Lage zu anderen Körpern, Personen und Sachen zum Ausdruck kommt, in der Schwebe. Kehrt er zurück, so tritt er wieder in diese Lage und damit in den vollen Gebrauch seiner Rechte. Stirbt er aber in der Gefangenschaft, so müßten zufolge des statischen Denkens alle seine Rechte erlöschen, er könnte nicht einmal beerbt werden (vgl. die späteren Ausführungen über das Erbrecht). Diesem unwillkommenen Ergebnis half man mit dem beliebten Kunstmittel der Fiktion ab: Es soll so gehalten werden, als ob er im Augenblick der Gefangennahme gestorben wäre, also zu einer Zeit, als er sich nicht in der Lage des Sklaven, sondern noch in der bisherigen Lage befand.

⁶⁾ Die Vielheit der antiken Rechte entspricht durchaus dem antiken Polytheismus, wie ihn Spengler schildert. In der abendländischen Kultur steht dagegen über den Sonderrechten der kleineren Gemeinwesen das gemeine Recht, das seiner Tendenz nach Weltrecht ist.

so konnte sich der Rechtsverkehr nur auf einer Basis vollziehen, die sich aus der sachlichen Übereinstimmung von Sätzen der verschiedenen Rechte ergibt. Man schälte daher die allen civitates gemeinsamen Grundgedanken heraus, indem man die nationalen Eigentümlichkeiten der einzelnen Rechte abstreifte⁷⁾. So entstand das *jus gentium*, das also gar kein römisches Recht, sondern ein Extrakt verschiedener antiker Rechte war⁸⁾.

Der *status familiae* bezeichnet die Lage, in der sich der Mensch in Ansehung des Familienverbandes befand. Die Familie wird rein statisch als eine Mehrheit von Körpern gedacht, die alle eine bestimmte Lage zum *pater familias* haben, nämlich in seiner Hand (in manu) sind. Nach der Art dieser Körper wird eine *familia personarum* und eine *familia rerum* unterschieden. Der *civis* ist nun entweder in manu, der väterlichen Gewalt unterworfen, dann heißt er *homo alieni juris* (wozu bekanntlich auch die Frau gehört); oder er ist von der väterlichen Gewalt frei, dann heißt er *homo sui juris*, *pater familias*. Die Stellung des *homo alieni juris* ist im Verhältnis zum *pater familias* ähnlich der einer Sache. Alles was er erwirbt, erwirbt er dem *pater familias*⁹⁾. In der römischen Familie gibt es nur ein Eigentum und eine *patria potestas*. Die statische Auffassung wird streng durchgeführt.

Das Halten eines Körpers mit der Hand symbolisiert am deutlichsten die Lage zweier Körper zueinander, bei der der eine den anderen beherrscht. *Manus* ist daher der technische Ausdruck für die Gewalt einer Person über eine Person oder Sache. *Mancipatio*, das Ergreifen eines Körpers mit der Hand unter bestimmten feierlichen Formen ist die Rechtshandlung, durch die die neue rechtlich anerkannte Lage dieses Körpers dokumentiert und so die rechtliche Gewalt über ihn erworben wird. Sie ist so das Rechtsgeschäft, durch das Eigentum an einer Sache übertragen wird. Auch die *usucapio*, die den Erwerber schützte, wenn die *mancipatio* infolge eines Formfehlers ungültig war, ist statisch gedacht: Eine bestimmte räumliche Lage einer Sache zu einer Person, die längere Zeit tatsächlich bestanden hat, wird als rechtlich anerkannt. *Mancipatio* und *usucapio* finden wie bei Sachen so im Familienrecht auch bei Personen Anwendung. *Mancipatio*

⁷⁾ Gajus Inst. I § 1.

⁸⁾ Daher ist es erklärlich, daß „orientalische“ Züge in das *jus gentium* kamen, als sich die arabische Kultur im Reiche ausbreitete.

⁹⁾ Bekanntlich auch die *patria potestas* des *filius familias* über seine Frau und Kinder.

ist die Form für die Schließung wie die Auflösung der Ehe. Die Auflösung erfolgt durch Scheinverkauf der Frau in die Knechtschaft mit nachfolgender manumissio durch den Käufer. Die Frau kann usukapiert werden. Die usucapio wird unterbrochen, wenn sie drei aufeinanderfolgende Nächte nicht im Hause des Mannes ist¹⁰⁾. Es entscheidet also die räumliche Lage.

Besitz und Eigentum kennt das römische Recht nur an Körpern. Der Besitz wird erworben corpore et animo, d. h. der Sachkörper muß in eine solche Lage zum Körper der Person gebracht werden, daß die tatsächliche Grundlage für den animus possidendi gegeben ist. Nur einer kann Besitzer einer Sache sein, denn nur zu einem kann diese Beziehung der Lage bestehen. Der Mieter ist nur unselbständiger detentor („Betaster“) für den Vermieter. Für die Existenz und Einheitlichkeit der Sache ist immer die körperliche Gestaltung maßgebend. Eine Gesamtheit, die nur in der Vorstellung, nicht körperlich eine Einheit bildet, wie die Herde, ist nicht eine Sache, sondern eine Mehrheit von Sachen. Eine Sache, die einer anderen so eingefügt wird, daß das Ganze einen Körper bildet, hört damit auf, Sache zu sein; das Eigentum daran geht unter. Die Pflanze wird durch implantatio, das Haus durch inaedificatio Teil (accessio) des Grundstückes und fällt in das Eigentum des Grundeigentümers. Früchte werden Sachen erst mit der Trennung von der fruchttragenden Sache, weil sie erst da selbständige Körper werden. Der Eigentümer der fruchttragenden Sache erwirbt das Eigentum an der Frucht im Augenblick der Trennung. Sie befindet sich da in der nämlichen räumlichen Lage zu ihm wie die fruchttragende Sache. Der Nießbraucher oder Pächter erwirbt das Eigentum an der Frucht erst mit der Perzeption; er muß sie erst an sich nehmen und so in diejenige räumliche Lage zu sich bringen, die die Eigentumsherrschaft voraussetzt¹¹⁾. Auch ususfructus kann nur an Sachen, also Körpern bestehen. Der Nießbraucher hat nur den Genuß der Sache in der gegebenen Gestalt, er darf keine Substanzänderung vornehmen, denn dadurch würde die Sache, deren Wesen darin besteht, Stoff von bestimmter Form zu sein, aufhören, die bisherige Sache zu sein. Die Prädialservitut ist von der Vorstellung einer in der Lage sich ausdrückenden Beziehung

¹⁰⁾ Dieser Satz wurde dann in der Zivilisationsperiode dazu benutzt, eine „freie“ Ehe (ohne manus des Mannes) zu begründen.

¹¹⁾ Die sog. fructus civiles (D 6, 1, 62), ein Begriff der späten Kaiserzeit, sind in Wirklichkeit keine Früchte. Sie spielen nur im Schuldrecht, nicht im Sachenrecht eine Rolle.

zweier Grundstücke beherrscht. Daraus erklärt sich der Satz: *servitus in faciendo consistere nequit*. Die Grundstücke müssen benachbart sein.

Die wenig glückliche Gestaltung des Pfandrechtsgedankens im römischen Recht ist eine Folge des statischen Denkens. Dieses ließ nur solche Rechte an fremder Sache zu, die deren Lage zum Eigentümer unberührt ließen, gestattete also nicht die Begründung eines Rechts, das zur Vernichtung des Eigentums führen konnte. Um den wirtschaftlichen Erfolg der Sicherung des Gläubigers zu erreichen, bediente man sich daher in der älteren Zeit der *mancipatio* als fiduziarischer Eigentumsübertragung. Bei der späteren Form des *pignus* wurde dem Gläubiger nur der Besitz der Sache eingeräumt, ohne daß er ein Verfügungsrecht darüber erlangte. Schließlich hat dann der Prätor noch einen Weg eröffnet, indem er der nach *jus civile* ungültigen Vereinbarung, daß gewisse Sachen des Schuldners dem Gläubiger als Befriedigungsmittel dienen sollten (*hypothecae dare*), Gültigkeit nach *jus gentium* beilegte. Dieser letzten Form des Pfandrechts fehlte schon das antike Ausdrucksmittel für die Rechtsbeziehung: Die Sache blieb in ihrer bisherigen Lage zum Eigentümer, der demzufolge nach Belieben darüber verfügen konnte, so daß das Pfandrecht dem Gläubiger keine wirkliche Sicherung bot.

Das Wesen der *obligatio* wird erst völlig klar, wenn man sich auch hier in die statische Denkweise versetzt. Ich greife wieder auf Puntchart zurück. Die bekannte Definition der *obligatio*, sagt er, zerfällt in die drei Elemente: *juris vinculum*, *adstrictio ad dandam aliquam rem* und *necessitas solutionis*; *juris vinculum* ist der im eigentlichen Sinne zu verstehende Gattungsbegriff: die *obligatio* ist eine Bindung des Schuldners an den Gläubiger (*obligare* = anbinden, die älteste *obligatio* heißt schlechthin *nexum*); *adstrictio ad dandam aliquam rem* ist die *substantia obligationis*, der Zweck, dem die Bindung dient; *necessitas solutionis* bedeutet, daß die Bindung bis zu ihrer Lösung bestehen bleibt (*solutio* daher gleich der die Lösung bewirkenden Erfüllung). Die Bindung des Schuldners an den Gläubiger stellt eine bestimmte Lage zwischen zwei bestimmten Körpern her, die fortbesteht, bis sie durch *solutio* aufgehoben wird. Die Vorstellung, daß bei der *obligatio* eine Lage zwischen zwei bestimmten Körpern hergestellt wird, hat zur Folge, daß das römische Recht Abtretung, Schuldübernahme und unmittelbare Stellvertretung nicht kennt. Diese Institute sind mit der statischen Denkweise nicht vereinbar. Um den wirtschaftlichen Erfolg der Abtretung zu erreichen, bediente man sich des *mandatum agendi*.

Erst seit Antoninus Pius erscheint die Zession als Fortentwicklung der durchaus statisch gedachten in jure cessio¹²⁾. Die Novation stellt eine Aufhebung der obligatio und eine Neubegründung einer gleichinhaltlichen mit dem Neuschuldner dar; so wird der Erfolg der Schuldübernahme erreicht.

Eine obligatio entsteht ex contractu und ex delicto. Der Ausdruck contractus weist wieder auf die statische Denkweise hin. Er bezeichnet das Ergebnis des contrahere, des Verbindens zweier Personen, das als Folge bestimmter Rechtshandlungen eintritt, also nicht die Willenseinigung, Vertrag in unserem Sinne. Die obligatio bindet immer nur die eine Person, den Schuldner; „gegenseitige Verträge“ mußte das römische Recht daher als zwei einseitige, einander selbständig gegenüberstehende Schuldverpflichtungen konstruieren¹³⁾. Das Delikt ist entweder Eingriff in die Lage der Körper zueinander oder Angriff auf einen Körper, der sein Wesen berührt. Furtum ist die Entfernung eines Sachkörpers aus seiner bisherigen Lage zu einer Person, wobei nach dem dabei obwaltenden animus furtum rei ipsus, possessionis und usus unterschieden wird. Damnum injuria datum ist ein damnum corpore corpori datum, setzt also eine körperliche Einwirkung voraus, eine bloße Interessenbeschädigung erfüllt den Tatbestand nicht.

Das römische Erbrecht baut sich auf dem statischen Gedanken auf, daß der Erbe den Platz des Erblassers einnimmt und damit zu anderen Körpern, Personen und Sachen in dessen Lage einrückt. Das bringt der Satz zum Ausdruck: Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus quod defunctus habuit¹⁴⁾. Dadurch, daß der Erbe den Platz des Erblassers einnimmt, werden mit einem Schlage dessen sämtliche Rechtsbeziehungen zu den seinigen. Er überkommt die Rolle (persona) des Erblassers. Das ist der große Gedanke des römischen Erbrechts. Der heres domesticus, der hausangehörige Erbe erwirbt die Erbschaft ipso jure, weil er nach Wegfall des Erblassers dessen Lage zu Personen und Sachen bereits einnimmt. Für den heres extraneus ist eine

¹²⁾ Der Gläubiger führt mit demjenigen, dem er die Forderung zuwenden will, um das Gläubigerrecht einen Scheinprozeß. Vor dem Prätor weicht er von seinem Platze, was zur Folge hat, daß das Recht dem anderen zukommt, der es allein noch vor dem Prätor in Anspruch nimmt.

¹³⁾ Daher die Doppelnamen emptio venditio, locatio conductio und die entsprechenden Bezeichnungen der Klagen (actio empti, actio venditi). Vgl. Gierke, DPR III S. 295.

¹⁴⁾ In universum jus ist nicht zu übersetzen „in alle subjektiven Rechte“, sondern „in das gesamte auf ihn angewandte, objektive Recht“, d. h. in die rechtliche Lage zu anderen Körpern.

aditio hereditatis, ein Hingehen an den Platz des Erblassers erforderlich. Um die Kontinuität der statisch gedachten Rechtsbeziehungen zu wahren, wird bei der hereditas jacens der Fortbestand der persona defuncti fingiert. Das Testament wurde juristisch in die statische Form der mancipatio gekleidet.

Auch die Gestalt des Prozesses verrät deutlich das statische Denken. Als sein Zweck erscheint es, durch Eingreifen des Magistrats die dem Recht entsprechende Lage zwischen den Körpern herzustellen. Wie zwei Arten von Körpern kennt das römische Recht zwei Arten von Aktionen, actio in personam und actio in rem, je nachdem der Kläger verlangt, daß eine bestimmte Lage einer Person oder einer Sache zu ihm anerkannt werde. Nur aus der obligatio entspringt eine actio in personam, aus dem Eigentum, der Servitut, dem Erbrecht und auch aus der patria potestas dagegen eine actio in rem. Dem paterfamilias gegenüber wird der in manu befindliche filiusfamilias rechtlich wie eine Sache behandelt.

Der römische Staat — auch das ist eine außerordentlich bedeutsame Folge der juristischen Statik — ist weder Person noch Sache¹⁵⁾, da er kein Körper, sondern eine Summe von menschlichen Körpern ist. Daraus folgt, daß es nur Rechte und Pflichten der einzelnen gibt, die auf den Staat Bezug haben, aber keine Rechte und Pflichten des Staates. Die res publicae werden juristisch als res nullius behandelt. Die Beschränkung des Begriffs persona auf den Menschen prägt dem römischen Recht einen ausgesprochen individualistischen Charakter auf, der sich selbst in der Gestaltung des Strafrechts nicht verleugnet.

Das statische Denken der Römer, wie es aus alledem hervorgeht, ist spezifisch antik und dem abendländischen Recht fremd. Das „Ursymbol“ des abendländischen Menschen ist, wie Spengler sagt, nicht der Körper, sondern die Kraft. Das Recht ist für die abendländische Kultur eine im Gemeinschaftsleben wirkende Kraft. Das kommt schon in dem Worte „Recht“ selbst zum Ausdruck. Recht ist das Gerichtete¹⁶⁾, im subjektiven Sinne das Richtung Gebende. Der Richter richtet heißt: er bringt in Richtung, was aus der Richtung gekommen ist. Was er gerichtet hat, ist Recht. Das Recht ist lebendige Kraft, nicht bloßer Gedanke, sagt Jhering¹⁷⁾, und die Umschreibungen, in denen das Recht als geistige Macht, als Wille oder ähnlich bezeichnet wird, laufen auf dasselbe hinaus. Als Kraft hat das Recht „Wirkungen“. Sie

¹⁵⁾ In dem Ausdruck res publica für Staat ist res nicht im Rechtssinne gebraucht.

¹⁶⁾ v. Amira, Grundr. d. germ. Rechts in Pauls Enzykl.

¹⁷⁾ Der Kampf ums Recht.

bestehen in subjektiven Rechten und Pflichten. Diese bedeuten für ihre Träger einen positiven oder negativen Wirkungswert. Die Rechtsverhältnisse erscheinen als energetische Spannungsverhältnisse.

Wir nennen den Träger subjektiver Rechte und Pflichten Person, haben aber diesem von den Römern übernommenen Ausdruck einen ganz anderen, einen dynamisch gedachten Begriff untergeschoben. Das abendländische Rechtsdenken sieht im Menschen nicht den Körper, sondern die wirkende Kraft. Person ist, wer Rechts-„Fähigkeit“ besitzt. Schon das altgermanische Recht, das den abstrakten Begriff der Rechtsfähigkeit noch nicht kennt, bestimmt deren Maß nach der im konkreten Falle vorhandenen Fähigkeit, dieses oder jenes zu wirken. Im vollen Sinne rechtsfähig ist der „Heermann“, der Heeresfähige, der eine Hand (munt) hat, die das Schwert zu führen vermag. Wer keine solche Hand hat, ist unmündig und bedarf des Schutzes einer solchen. Die Hand (munt, derselbe Wortstamm wie manus) ist auch im abendländischen Recht ein wichtiges Symbol. Während aber die römische manus die Hand ist, die etwas ergreift und hält und so die Lage zweier Körper zueinander bestimmt, ist die abendländische munt die schwertführende, schützende, verteidigende Hand, das Symbol einer wirkenden Kraft. Unter den Begriff der munt fallen die Schutz- und damit zugleich Vertretungsgewalt des Ehemannes¹⁸⁾, Vaters und Vormundes, die Vogtei über Fremde und Kirchen, das Verhältnis des Schutzherrn zu den „Mundmannen“, den Hörigen und den Freien, die sich freiwillig unter seinen Schutz gestellt haben. Die munt gewährt nicht nur Rechte, sondern legt auch Pflichten auf. Nirgends wird daher im abendländischen Recht der Knecht rechtlich als Sache angesehen. Er hat auch seine Rechte. Der Herr kann seine Arbeitskraft nutzen, ist aber verpflichtet, ihn zu schützen und ihm Unterhalt zu gewähren¹⁹⁾. Aus der munt hat sich die dem römischen Recht unbekannte Stellvertretung entwickelt, die im Prinzip schon im 13. Jahrhundert anerkannt war²⁰⁾. Zahlreich sind die Beschränkungen in der Rechtsfähigkeit dort, wo für die Ausübung des Rechts besondere Fähigkeiten erfordert werden. Der Lahme kann nicht König werden, denn der König ist der Herzog, der

¹⁸⁾ Bei der alten Kaufehe ist Gegenstand des Kaufs nicht die Frau selbst, sondern die munt über sie.

¹⁹⁾ Der Knecht wird frei durch Wehrhaftmachung oder durch sog. Schatzwurf, eine symbolische Entbindung von der Zinspflicht, dem Zeichen der munt.

²⁰⁾ Das Corpus juris canonici enthielt den Satz: Potest quis per alium quod potest facere per se ipsum.

Führer des Heeres. Die Frau kann ursprünglich keine Liegenschaftsrechte erwerben, weil ihr die Kraft ermangelt, das zu wirken, was diese Rechte mit sich bringen. Im Siechtum kann keine gültige Verfügung über das Vermögen getroffen werden. Es wird vorher eine Kraftprobe verlangt: der Ritterbürtige muß gewappnet das Roß besteigen, der Bauer eine Furche pflügen, die Frau einen Kirchgang tun. Noch nach dem Rietberger Landrecht von 1697 kann nur der wehrhafte Mann das Gemeindebürgerrecht erwerben²¹⁾. Adlige oder nichtadlige Geburt beeinflusste die Rechtsfähigkeit, weil man davon ausging, daß die adlige Geburt das Vorhandensein von Fähigkeiten gewährleiste, die zur Ausübung gewisser Rechte für erforderlich gehalten wurden.

Die Rechtsfähigkeit endet, wenn die Fähigkeit zu wirken aufhört. Der Verschollene wird daher wie der Tote behandelt und beerbt. Ebenso gelten Mönche und Nonnen für das weltliche Recht als verstorben. Wer sich durch eine Missetat außerhalb des Rechtes stellt, verliert die Rechtsfähigkeit, wird friedlos. Die Strafe des „bürgerlichen Todes“ im französischen Recht, bei der die Rechtsfähigkeit durch Urteil aberkannt wurde, ist eine Fortbildung dieses Gedankens.

Das abendländische Recht geht aber im Gegensatz zum römischen nicht vom einzelnen Menschen, sondern von Gesamtheiten aus. Das ist entscheidend für seinen Personenbegriff wie für seinen kollektivistischen Charakter im Gegensatz zum individualistischen des römischen Rechts. Die Bedingtheit des einzelnen durch die Gemeinschaft ist ein die ganze abendländische Rechtsgestaltung durchdringender Gedanke. Der einzelne ist vergänglich; das abendländische Recht ist aber auf das Dauernde gerichtet²²⁾. Darin zeigt sich die von Spengler oft hervorgehobene „historische“ Veranlagung des abendländischen Menschen. Daher faßt es die einzelnen in ihrem jeweiligen, durch Zu- und Abgang wechselnden Bestande zu dauernden Gruppen zusammen: Volk, Gemeinde, Familie, Zünfte, Gewerkschaften, geistliche Orden usw. Diese dauernden Gruppen sind die eigentlichen Rechtsträger, und erst in zweiter Reihe kommen als ihre Glieder die einzelnen mit ihren vergänglichen Interessen als Rechtsträger in Betracht. In ihnen werden die Kräfte der einzelnen zu einer neuen einheitlichen und dauerhaften Kraft zusammengefaßt. Diese Zusammenfassung ist keine mechanische Summierung der Einzelkräfte, sondern eine organische Verbindung. Es entsteht ein Wesen von selbständigem Dasein mit

²¹⁾ Gierke, DPR, I S. 390.

²²⁾ Wagemann, Geist des deutschen Rechts. Jena 1913.

eigenen Zwecken. Die Rechtsform für diese organische Verknüpfung der Vielheit zur Einheit ist die Genossenschaft, deren überragende Bedeutung für das abendländische Recht erst im 19. Jahrhundert wieder entdeckt worden ist. In der Form der Genossenschaft liegt an sich ein Dualismus begründet. Es steht bei ihr eine rechtliche Gewalt der Gesamtheit der Genossen zu, diese ist Trägerin der Rechte und Pflichten, deren Ausübung erfolgt aber ausschließlich durch ein Organ. Die Entwicklung, die sich in den Städten vollzog, ging nun dahin, daß als Träger der Rechte und Pflichten nicht mehr die Gesamtheit der Genossen, sondern „die“ Genossenschaft als ein Abstraktum erscheint²³⁾. So gelangte das abendländische Recht schon sehr frühzeitig und unabhängig vom Corpus juris zum Begriff der sog. juristischen Person²⁴⁾. Von der größten Bedeutung für unser Rechtssystem ist, daß sich auch beim Staate, der von den ältesten Zeiten bis heute die Struktur der Genossenschaft zeigt²⁵⁾, der Gedanke der Rechtspersönlichkeit als juristischer Ausdruck der Einheit und des Selbstzwecks entwickelt hat.

In der Zivilisationsperiode schießen plötzlich die sog. juristischen Personen, die sich auf den Genossenschaftsgedanken aufbauen, wie Pilze aus der Erde. Nach dem Absterben der Zünfte erscheinen zunächst die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Rochdale), dann die an die Gewerkschaft des Bergrechts anknüpfende Aktiengesellschaft²⁶⁾, neben ihr die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, ferner die rechtsfähigen Vereine, Berufsgenossenschaften, Krankenkassen usw.

Noch ein zweiter Weg, der das dynamische Denken ebenso deutlich verrät, hat das abendländische Recht zur juristischen

²³⁾ Die Wirtschaft der Stadt, die ganz andere und weitgehendere Aufgaben hat, als die Landgemeinde, trennt sich von der ihrer Bürger. Es entsteht der Begriff des Kämmergeigutes, als eines den Zwecken der städtischen Verwaltung dienenden Vermögens, bei dem der Gedanke des Gesamteigentums der Bürger völlig verblaßt und als dessen Träger die Stadt als solche erscheint.

²⁴⁾ Dieser Ausdruck ist freilich erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts aufgekommen. Es ist ein wissenschaftlicher Ausdruck, und eine eigentliche Rechtswissenschaft gibt es erst in der Zivilisationsperiode.

²⁵⁾ Es würde zu weit führen, dies hier im einzelnen auszuführen. Vgl. hauptsächlich Wolzendorff, Vom deutschen Staat und seinem Recht. Leipzig 1917.

²⁶⁾ Auch die offene Handelsgesellschaft ist im Grunde genommen eine juristische Person. Das ist im positiven Recht nur dem römischen Recht und seiner *societas* zuliebe verschleiert worden. Vgl. Wagemann a. a. O.

Person geführt, nämlich in der Form der Stiftung oder Anstalt. Bei der Genossenschaft werden die lebendigen Kräfte der einzelnen zu einer einheitlichen Kraft zusammengefaßt. Bei der Stiftung wird ein Vermögen, eine tote Kraft, von seinem Subjekt losgelöst und personifiziert, sozusagen lebendig gemacht. Der Stifter gibt dem von ihm abgezweigten Vermögen von sich aus einen dauernden Zweck und damit ein Stück seines Willens, das fortan dieses Vermögen beherrscht.

Man muß sich die ungeheure Verbreitung der juristischen Person im Leben unserer Zivilisation vergegenwärtigen, um die Bedeutung dieses Begriffs richtig zu würdigen. Was ihr diese Verbreitung verschaffte, das ist das auf die Dauer gerichtete Denken des abendländischen Menschen. Der Mensch stirbt, die juristische Person überdauert ihn.

Eine der ersten Fragen, die für die abendländische Rechtswissenschaft auftauchte, war die nach der theoretischen Konstruktion der im praktischen Rechtsleben längst eingebürgerten juristischen Person. Man fragte dabei nicht, wie kann sie Person sein, da sie unkörperlich ist, sondern man fragte, wie kann sie Person sein, da sie keinen Willen hat wie der Mensch. Die Vorstellung, daß der Wille, die Fähigkeit zu wirken, das Wesen der Person ausmache, war dem abendländischen Rechtsdenken ohne weiteres gegeben. Die erste Theorie, die Savigny aufstellte, griff zu dem Kunstmittel, das schon die Römer häufig anwandten. Sie sagte, die juristische Person ist eine Fiktion, sie hat nicht wie der Mensch einen wirklichen, sondern einen fingierten Willen, der tatsächlich Wille ihres Vertreters ist. Die zweite Theorie von Brinz suchte den Ausweg darin, daß sie das Bestehen von juristischen Personen überhaupt verneinte und diese als subjektlose Zweckvermögen bezeichnete, die niemandem, aber „für“ etwas gehörten²⁷⁾. Das waren die Theorien der Romanisten. Demgegenüber betonte Gierke die Realität der juristischen Person, die er als eine auch ohne die Rechtsordnung bestehende „geistig-leibliche Einheit“ bezeichnete. Mit Recht hob er hervor, der Ausdruck „juristische Person“ sei nichtssagend, wenn er nur ausdrücken solle, daß die Verbandspersönlichkeit ein Rechtsbegriff sei, denn in diesem Sinne sei auch die Persönlichkeit des Individuums eine juristische, und irreführend, wenn er der natürlichen oder physischen Person eine lediglich durch juristische Kunst oder für juristische Zwecke geschaffene Person entgegensetzen

²⁷⁾ Man denkt unwillkürlich an die *res publicae* = *res nullius* des römischen Rechts.

wolle. In der Tat geht das Problem der juristischen Person in dem des Personenbegriffs überhaupt auf. Es führt zu einer falschen Problemstellung, wenn man von dem sogen. psychologischen Willensbegriff ausgeht. Der Säugling und der Geisteskranke sind Personen, obwohl ihr Wille im psychologischen Sinne juristisch als Wille nicht in Betracht kommt. Bei dem Begriff der Person handelt es sich nicht um die Handlungsfähigkeit, sondern um die Rechtsfähigkeit. Wille und Person hängen allerdings aufs engste zusammen, aber es handelt sich hierbei um juristischen Willen. Die Lösung hängt, wie Kelsen²⁸⁾ richtig erkannt hat, davon ab, den für die Rechtswissenschaft unbrauchbaren psychologischen durch einen juristischen Willensbegriff zu ersetzen, der aus dem Wesen des Rechts heraus selbständig geformt werden muß. Das hat Kelsen mit Glück versucht, indem er als Willen im juristischen Sinne den Endpunkt der Zurechnung bezeichnet. Hier tritt das dynamische Denken entscheidend zu Tage. Wille, sagt Spengler, ein in der Tiefe seiner Bedeutung nur zu erfüllendes Urwort der faustischen Kultur, bringt das Richtungsgefühl im Gegensatz zum Raumgefühl zum Ausdruck. Es bildet das Wesen der Person, rechtsfähig zu sein, juristischen Willen zu haben, d. h. Endpunkt rechtlicher Zurechnung zu sein. Personen sind also Beziehungszentren im Recht²⁹⁾. Sie sind Punkte, in denen sich die Wirkung des Rechts konzentriert. Man kann sie mit elektrischen Polen vergleichen.

Der zweite Grundbegriff des abendländischen Rechts ist nicht der der körperlichen Sache, sondern der des Vermögens. Der Ausdruck weist schon auf die dynamische Vorstellung hin. Vermögen ist das, was einer vermag, in übertragenem Sinne das Mittel, durch das er etwas vermag. Diese Mittel können entweder an die Person gebunden sein, wie z. B. die Singstimme, oder äußerlich zu ihr hinzutreten, wie z. B. das Schwert. Für den Verkehr kommt nur dieses letztere Vermögen in Betracht, denn nur über dieses kann man verfügen, es übertragen und gegen anderes eintauschen. Es ist daher das Vermögen im eigentlichen Sinne. Juristisch sind nur rechtliche Mittel, durch die man etwas vermag, also subjektive Rechte, Vermögen. Das Vermögen einer Person ist die Summe ihrer Vermögensrechte.

Der Begriff der körperlichen Sache ist erst durch die Rezeption

²⁸⁾ Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen 1911.

²⁹⁾ Schon G. Rümelin, Methodisches über jur. Personen, 1891, ist zu diesem Ergebnis gekommen. Das Recht knüpft, sagt er, die als Verbandsvermögen zusammengefaßten Befugnisse und Verbindlichkeiten an einen einheitlichen Beziehungspunkt.

in das abendländische Recht gekommen. Bis dahin war diesem eine ganz andere Vorstellungsweise eigen. Man sprach noch nicht von Vermögen, sondern von Gut ³⁰⁾, wobei liegendes und fahrendes Gut unterschieden wurde. Dem Begriff des Gutes liegt die Vorstellung der Nutzungsmöglichkeit, dem des Vermögens das abstrakte Denken in Geld zugrunde. Gut ist nicht ein Körper, sondern ein äußeres Mittel, das eine Wirkungsmöglichkeit verleiht. Der Grund und Boden ist Gut als Mittel zum Betrieb der Landwirtschaft ³¹⁾. Was ein einheitliches Gut ist, bestimmt sich nicht nach der körperlichen Gestaltung, sondern nach wirtschaftlichen und sozialen Gesichtspunkten. Das Rittergut, der Bauernhof, die Schmiede, die Mühle, der Gasthof, das Bergwerk sind je mit ihrem Zubehör ein einheitliches Gut. Andererseits kann ein Gebäude einem anderen gehören, als das Grundstück, auf dem es steht; sogar die einzelnen Stockwerke eines Hauses können Gegenstand des Eigentums sein. Die Feldfrüchte gehören schon auf dem Halm dem, der die zu ihrer Hervorbringung erforderliche Arbeit geleistet hat. Güter sind schließlich auch Dinge, denen die körperliche Existenz ganz fehlt, die bloße Beziehungen darstellen, wie Bann-, Jagd-, Fischereigerechtigkeiten, Amtsgerechtsame usw.

Der Begriff der körperlichen Sache, der mit der Rezeption kam, genügte daher für das abendländische Recht nicht. Er entsprach eben nicht dem anders gearteten Rechtsdenken. Die Jurisprudenz mußte dem Rechnung tragen und tat es einfach, indem sie aus den Pandekten die Ausdrücke *res corporales* und *res incorporales* übernahm und in Verkennung des römischen Rechtsdenkens einen allgemeinen Begriff der Sache mit den beiden Unterarten der körperlichen und unkörperlichen Sache bildete. Wenngleich der letztere Begriff, für den die Pandekten keinen weiteren Anhalt boten, recht stiefmütterlich behandelt wurde, war er doch ein Mittel, das es erlaubte, den Erfordernissen des Lebens einigermaßen gerecht zu werden. Neuerdings hat Pisko ³²⁾ versucht, den Unterschied von körperlichen und unkörperlichen Sachen tiefer zu begründen. Die körperliche Sache, sagt er, sei

³⁰⁾ Reichsgut, Hausgut, Erbgut, Kämmergeut, Lehngut, Rittergut, eingebrachtes Gut. — Der Unterschied von Liegenschaft und Fahrhabe ist keineswegs identisch mit dem von unbeweglichen und beweglichen Sachen.

³¹⁾ Der rechtliche Wirkungskreis des Grundeigentümers ist durch diesen Zweck begrenzt. So ist z.B. das Erdinnere seiner Einwirkung entzogen. All schatz unter der erde begraben tiefer den ein pflug der gehört zu der kuniglichen gewalt (Sachsenspiegel).

³²⁾ Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Wien 1907.

in ihrem Vorhandensein und Wert von der Rechtsordnung unabhängig, die nur das an ihr mögliche Gewaltverhältnis zu einem rechtlich geschützten machen könne; die unkörperliche Sache erhalte ihr Dasein und ihre Begrenzung erst dadurch, daß die Rechtsordnung ein Recht bestimmten Inhaltes und Umfanges normiere, als dessen Gegenstand die betreffende unkörperliche Sache erscheine. Diese Unterscheidung entspricht vollkommen der von natürlichen und juristischen Personen und leidet an denselben Schwächen wie diese ⁸³⁾.

Das deutsche BGB. hat den unsicheren Begriff der unkörperlichen Sache verworfen. Nach ihm sind Sachen nur körperliche Gegenstände, wobei es aber nicht wie das römische Recht voraussetzt, daß die Einheitlichkeit der Sache durch die Einheit des Körpers bestimmt wird ⁸⁴⁾. Es hat aber selbst an einigen Stellen das auf den Begriff der Sache aufgebaute System durchbrochen: Es spricht von Früchten von Rechten, läßt Rechte als Bestandteile eines Grundstückes gelten und behandelt im Sachenrecht Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten. Die Wissenschaft ist jedoch bei dieser positiven Gesetzesregelung nicht stehen geblieben. Sohm hat in der meisterhaften kleinen Schrift „Der Gegenstand“ den Weg gefunden, die Hemmungen, welche die Rezeption auf diesem Gebiete mit sich gebracht hat, zu überwinden und der unserem Denken entsprechenden dynamischen Rechtsgestaltung zum Siege zu verhelfen. Er geht davon aus, daß nicht der Begriff der körperlichen Sache, sondern der von ihm aus dem Zusammenhang der Bestimmungen des BGB. erschlossene Begriff des Gegenstandes grundlegend sei. Er bringt diesen in Zusammenhang mit dem Begriff des Verfügungsgeschäfts: Verfügungsgeschäfte sind Rechtsgeschäfte über Gegenstände, und nur über Gegenstände kann verfügt werden. Das Wesen des Verfügungsgeschäfts erläutert er dahin, es sei ein Zuwendungsgeschäft d. h. ein den Geschäftsgegner einseitig bereicherndes, oder anders ausgedrückt, ein Rechtsgeschäft, das die Zuständigkeit oder die Art des Daseins eines Gegenstandes ändere. Der Begriff des Verfügungsgeschäfts ist dynamisch gedacht: Es tritt eine Verschiebung von Vermögen, von Energie von einem Kraftzentrum auf ein anderes ein. Sohm teilt nun zwar in Anlehnung an die

⁸³⁾ Übrigens findet Pisko, daß das Unternehmen als Rechtsobjekt sich unter keine der beiden Gruppen bringen lasse.

⁸⁴⁾ Letzten Endes ist für die Frage, ob eine einheitliche Sache vorliege, nicht die körperliche Gestaltung, sondern die wirtschaftliche Zweckbestimmung ausschlaggebend. Vgl. RGR.-Komm. 3. Aufl. § 93 A. 2, Staudinger, BGB. 9. Aufl. — Der Eigentümer kann mehrere Grundstücke, auch getrennt liegende, rechtlich zu einem Grundstück machen.

bisherige Rechtsentwicklung die Gegenstände in körperliche (Sachen) und unkörperliche (die durch Verfügungsgeschäft begründeten und die selbständig übertragbaren Rechte), sagt aber dann selbst — und das ist der eigentlich entscheidende Schritt für das dynamische Rechtsdenken — in Wirklichkeit sei nicht die Sache Verfügungsgegenstand, sondern das Recht an ihr, das Eigentum; die Sache selbst sei nur Herrschaftsgegenstand. Nun kommt die Beziehung des Begriffes „Gegenstand“ zum Begriff Vermögen. Die Eigenart der Gegenstände besteht darin, daß sie und nur sie Bestandteile des Vermögens im juristischen Sinne sind. Gegenstand und Vermögensrecht sind identische Begriffe³⁵⁾. Der Gegenstand, über den verfügt wird, ist immer ein subjektives Recht. Damit verschwindet das Körperliche aus dem Rechtssystem. Es bleibt ein dynamisch gedachter Begriff. Denn das subjektive Recht ist Ausstrahlung einer Kraft, des objektiven Rechts. Es ergibt sich hier die Einteilung der Rechte in Vermögens- und Persönlichkeitsrechte. Nur über erstere kann durch Rechtsgeschäft verfügt werden. Erst die Verwendung von Sohms Begriff des Gegenstandes führt zu einem geschlossenen Aufbau unseres Vermögensrechtes. Die wichtigsten Folgerungen hat Sohm schon selbst gezogen. Ich muß es mir hier versagen, die Auswirkungen im einzelnen weiter zu verfolgen.

Das wichtigste Vermögensrecht ist das Eigentum. Schon Gierke hat betont, daß das Eigentum eine historische, keine logische Kategorie ist und daß die Definitionen, nach denen es ein „an sich“ schrankenloses oder absolutes und ausschließliches Recht sei, aus römischer Auffassung geschöpft und für uns unbrauchbar sind. Auch unser Eigentumsbegriff ist dynamisch gedacht. Eigen ist, was einem gehört, d. h. auf seinen Willen hört. Es liegt darin die Beziehung auf ein Kraftzentrum, auf einen Willen. Die Funktion des Gehörens ist teilbar. Dasselbe wirtschaftliche Gut kann mehreren gehören, so daß es jedem in einer anderen Hinsicht gehört. Es kann in mehreren Wirkungsfeldern zugleich liegen. Diese Teilbarkeit des Eigentums, die Gierke scharf betont hat, ist in unserer Rechtsentwicklung von großer Bedeutung. Die Rezeption hat diese Tatsache lediglich verdunkelt. Das ursprüngliche genossenschaftliche Gesamteigentum hat sich gespalten. Es löste sich das Sondereigentum heraus, das sich aus der Sondernutzung entwickelte. Aber das Gesamteigentum verschwand damit nicht, es blieb neben dem Sondereigentum bestehen und behielt gewisse Eigentumswirkungen. Es ist heute

³⁵⁾ Es wird sich empfehlen, den leicht mißzuverstehenden Ausdruck Gegenstand zu vermeiden.

noch lebendig in den „öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen“, die nach der Überwindung der individualistischen Periode des 19. Jahrhunderts immer größeren Umfang angenommen haben. Bisher sah man diese, weil man vom römischen Eigentumsbegriff ausging, als „von außen“ an das Eigentum herantretende Nebenwirkungen an. Erst jetzt bricht sich die Meinung Bahn, daß sie auch „nach der dogmatischen Seite hin mit in die Substanz des Eigentums hineinbezogen werden müssen“, daß es sich um „unmittelbare Verkürzungen des Eigentums selbst“ handelt³⁶⁾. Was wir Eigentum nennen, ist nicht ein begrifflich unumschränktes Herrschaftsrecht, sondern nur eine rechtliche Wirkungsmöglichkeit allgemeinsten Art, der aber begrifflich die durch das Gemeinschaftsleben gebotenen Grenzen gezogen sind; es ist nur ein Gehören in bestimmter Hinsicht, das Gehören in anderer Hinsicht ist bei der Gesamtheit, dem Staat, verblieben³⁷⁾. Lehen, Leibzucht, Pfandrecht, Miete, Pacht sind wiederum „Eigentumssplitter“ (Gierke)³⁸⁾. Sie verleihen nur einen Teil der im Eigentum gegebenen Wirkungsmöglichkeiten. Das Eigentum unterscheidet sich von den „begrenzten dinglichen Rechten“ nur durch seinen Umfang. Die Teilrechte nehmen dem Eigentümer einen Teil seiner Wirkungsmöglichkeiten. Sie bedeuten eine Hemmung des im Eigentum steckenden Vermögens, eine „Last“ des Eigentums, nicht der Sache. Besonders deutlich tritt bei der Gestaltung des Grundpfandrechts die Auffassung als Eigentumssplitter hervor. Auch hinsichtlich der Objekte des Eigentums weicht das abendländische Recht, wie schon oben gestreift, grundsätzlich vom römischen ab. Eigen kann alles sein, was einer ausnutzen, als Mittel für seine Zwecke verwenden kann. Die Theorie vom geistigen Eigentum, mit der der Urheberrechtsschutz begründet wurde, ist keineswegs eine juristische Verirrung, sondern eine folgerichtige Anwendung des germanischen Eigentumsbegriffs³⁹⁾.

Dem Eigentumsbegriff entspricht der Besitzbegriff. Der Ausdruck „Gewere“, der im Mittelalter für Besitz gebraucht wurde, hängt mit der Vorstellung der gewerten Hand (*manus vestita*) zusammen. Wern (got. *varjan*, lat. *vestire*) bedeutet bekleiden und

³⁶⁾ Staudinger, BGB. 9. Aufl. S. 286.

³⁷⁾ Die Weimarer Verfassung gibt der sozialen Gebundenheit des Eigentums Ausdruck mit den Worten: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste.“

³⁸⁾ Wie man sich beim Lehen gegenüber dem römischen Eigentumsbegriff verhielt, zeigen anschaulich die Ausführungen Gierkes (DPR II S. 370) über das *dominium directum* und *indirectum*.

³⁹⁾ Vgl. Kohler, Urheberrecht 1907. — Das „Immaterialgüterrecht“ ist im Grunde nur ein anderer Name für geistiges Eigentum.

damit bewahren, schützen, verteidigen. Die gewerte Hand ist die gewappnete, die in der Lage ist, etwas zu schützen, zu verteidigen und damit die Macht darüber auszuüben. Auch hier finden wir die Beziehung zu dem Ursymbol der Kraft. Wer etwas schützt, bewahrt, in seinem Gewahrsam hat, der hat die Gewere, die tatsächliche Herrschaft. Die rechtliche Bedeutung der Gewere beruht auf dem genossenschaftlichen Friedensgedanken, d. h. auf der Beschränkung der Einzelkräfte durch die Kraft der Gesamtheit. Ein bestehender Dauerzustand gilt als heilig, seine eigenmächtige Änderung ist verboten, weil sie gegen den Frieden verstößt. Hieraus sind dann als bedeutsame Folgerungen abgeleitet worden: die Vermutung des Rechts für den, der die Gewere hat, ferner der Grundsatz „Hand muß Hand wahren“ und die sog. „rechte Gewere“ durch Verschweigung. Die letztere bildet das dynamische Gegenstück zur römischen *usucapio*. Wie bei dieser die eine gewisse Zeit zwischen einer Person und einer Sache bestehende tatsächliche Lage das Eigentum an dieser begründet, so wird bei der Verschweigung die eine gewisse Dauer bestehende tatsächliche Wirkung einer Kraft rechtlich anerkannt. Wie Objekt des Eigentums ist Objekt der Gewere alles, was als Mittel zu einem Zweck dauernd genutzt werden kann. So gibt es Gewere an Zins und Zehnten, Amt und Vogtei, Patronat und Renten⁴⁰⁾. Wie das Eigentum ist die Gewere teilbar. Es gibt Gewere zu Eigen, zu Lehen, zu Leibzucht, zu Satzung. In der Einrichtung des unmittelbaren und mittelbaren Besitzes hat sich diese Teilbarkeit erhalten.

Unser Schuldverhältnis und die römische *obligatio* sind grundverschieden gedacht. Schuld im ursprünglichen Sinne ist gleichbedeutend mit rechtlichem Sollen, und zwar ist sie zunächst das Sollen, das dem einzelnen als Glied der Volksgenossenschaft obliegt. Daneben erscheint als Schuld im engeren Sinne die Schuld kraft Versprechens als ein für sich bestehendes Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Volksgenossen. Das Schuldverhältnis stellt lediglich ein Spannungsverhältnis dar, das seinen Ausgleich erstrebt und durch die Leistung des Geschuldeten findet. Wird eine Schuld, die unmittelbar auf der genossenschaftlichen Verbundenheit beruht, nicht erfüllt, so setzt sich der Missetäter damit selbst aus dem Frieden, den er gestört hat, mit der Folge, daß er als Friedloser dem feindlichen Zugriff aller Volksgenossen ausgesetzt ist. Durch Leistung der Buße wird der Bruch des Friedens gebüßt,

⁴⁰⁾ Die Rechtslehre spricht daher von Gewere an Sachen und Rechten. Das ist unrichtig. Die Gewere setzt gar nicht das Bestehen eines Rechtes voraus.

d. h. gebessert⁴¹⁾). Die Nichterfüllung einer Schuld kraft Versprechens setzt dagegen den Schuldner nicht aus dem Frieden. Deshalb muß hier ein besonderes Haftungsverhältnis begründet werden. Haftung bedeutet Einstehenmüssen für eine Schuld. Der Gläubiger bekommt dadurch etwas in seine Habe (Haft von haben), in sein „Vermögen“ im ursprünglichen weiten Sinne. Die Haftung ist entweder eine solche der Person oder des Vermögens (im eigentlichen Sinne). Die erstere wird begründet durch eine sinnbildliche Unterordnung des Schuldners in einem formellen Treugelübde, die letztere durch die sinnbildliche Einräumung der Gewalt über das Vermögen des Schuldners (Wette, wadia). Der Unterschied ist von tiefgreifender Bedeutung. Das „Vermögen“, das der Gläubiger bei der persönlichen Haftung bekommt, ist an seine Person gebunden, nicht auf Dritte übertragbar: die Treu-verpflichtung gilt nur dem gegenüber, dem sie versprochen worden ist. Bei der Vermögenshaftung dagegen bekommt der Gläubiger ein Zugriffsrecht, das er auf Dritte übertragen kann, also ein Vermögen im eigentlichen Sinne. Durch die persönliche Haftung wird also ein personenrechtliches Verhältnis, bei der Vermögenshaftung ein vermögensrechtliches Verhältnis begründet. Das erstere ist vor allem der Fall bei dem Dienstverhältnis. Es ist vielleicht die verhängnisvollste Folge der Rezeption gewesen, daß hier an Stelle des personenrechtlichen Verhältnisses die Konstruktion der *locatio conductio*, also der *obligatio trat* und damit die Arbeitsleistung zur Ware, das Dienstverhältnis zu einem vermögensrechtlichen gemacht wurde⁴²⁾). Der Typus des vermögensrechtlichen Haftungsverhältnisses ist am reinsten in der Form des Wertpapiers ausgebildet worden. Als Zeichen der Übernahme der Vermögenshaftung wurde schon sehr frühzeitig statt des Halmes eine Urkunde ausgehändigt. Dieses Zeichen der Haftungsübernahme ist für deren Nachweis unentbehrlich. Der Schuldner schuldet nur gegen Rückgabe der Urkunde. Dazu trat der weitere Satz, daß der Inhalt der Urkunde über den Inhalt des verbrieften Rechts entscheidet. Damit wurde die Urkunde zum Träger einer Energie, eines bestimmten Vermögens, das durch die Weitergabe der Urkunde in leichter und sicherer Weise übertragen werden kann. Fälschlich hat die Jurisprudenz auf das Wertpapier den römischen Sachbegriff angewandt. Sie

⁴¹⁾ Daraus hat sich die strafrechtliche Schuld und Buße entwickelt. Der Zugriff aller Volksgenossen auf den Friedlosen und seine Habe ist ersetzt worden durch den Zugriff des Staates auf die Person des Schuldigen, den er in „Haft“ nimmt, oder auf sein Vermögen (Geldstrafe).

⁴²⁾ Für uns ist das Dienstverhältnis eine Organisation von Kräften.

konstruiert so: das Wertpapier ist eine körperliche Sache; die Forderung ist rechtlich ihr Bestandteil; das Recht ist im Papier „verkörpert“. Folglich gilt für das Wertpapier Sachenrecht; der Eigentümer des Papiers ist der Forderungsberechtigte; die Übertragung der Forderung erfolgt durch Übertragung des Eigentums am Papier; über die Forderung selbst kann nicht verfügt werden. Diese romanistische Konstruktion ist dem Wesen des Wertpapiers, das auf dynamischem Denken beruht, völlig fremd. Daß das Wertpapier als ein Stück Papier körperlich ist, ist ganz belanglos. Wesentlich ist, daß es ein Zeichen, Träger des Forderungsrechts ist. Das Wertpapier macht eine Kraft sichtbar. Daher wird die Urkunde durch Zerschneiden, Zerreißen oder durch einen schriftlichen Vermerk „kraftlos“ gemacht, wenn die Schuld geleistet wird, und es wird ein „Todbrief“ ausgestellt, in dem sie für „kraftlos“ erklärt wird, wenn sie nicht zurückgegeben werden kann.

Damit bin ich am Schluß. Meine Ausführungen mußten mit Rücksicht auf den beschränkten Raum skizzenhaft bleiben und konnten auf weite Gebiete, insbesondere das Familien- und Erbrecht sowie das Prozeß- und Verwaltungsrecht bei uns, nicht eingehen. Ich hoffe aber gleichwohl, daß sie ausreichen, um zu zeigen, wie bedeutsam die Gedanken Spenglers für die Rechtswissenschaft sind und wie sie für diese ganz neue Gesichtspunkte eröffnen.

Die Bestandteile der Rechtsordnung*).

Von
Prof. Dr. **Walter Anderssen.**

Inhalt.

Angeführte Schriften. I. Der Begriff der Wertungslage. II. Der Oberbegriff des Rechts. III. Die Benennung dieses Oberbegriffs. IV. Der Begriff der Sollenslage. V. Der Begriff der Rechtsordnung.

Angeführte Schriften.**)

- Ackenheil, Ferdinand, Sollen, Werten und Wollen, Münchener Dissertation 1912.
Affolter, A., Untersuchungen über das Wesen des Rechts, Solothurn 1889.
Affolter im Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen 1908.
Anschütz, Gerhard, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, Berlin 1913.
Anschütz, W = Anschütz im Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, begründet von Karl v. Stenzel, 2. Aufl., Bd. 2, Tübingen 1913.
Baumgarten, Arthur, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, Tübingen 1920.
Bencke, Friedrich Eduard, Neue Grundlegung der Metaphysik, Berlin und Posen 1822.
Bergmann, Julius, Die Grundprobleme der Logik, 2., veränd. Aufl., Berlin 1895.
Bierling, Ernst Rudolph, Zur Kritik der Juristischen Grundbegriffe, Gotha, Bd. 1, 1877; Bd. 2, 1883.
Bierling, Ernst Rudolph, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, Freiburg i. Br., 1894.
Biermann, Johannes, Bürgerliches Recht, Bd. 1, Berlin 1908.
Binder, Julius, Philosophie des Rechts, Berlin 1925.
Böhlau, Hugo Heinrich Albert, Mecklenburgisches Landrecht, Bd. 1, Weimar 1871.
Bolzano, Bernard, Die Wissenschaftslehre, Bd. 1 u. 2, 1837, in: Die Hauptwerke der Philosophie in originalgetreuen Neudrucken, Bd. 4, 1914; Bd. 7, Leipzig 1915.
Bon, Fred, Über das Sollen und das Gute, Leipzig 1898.
Brugmann in den Berichten über die Verhandlungen der Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften, Bd. 70, Heft 6, Leipzig 1918.
Cathrein, Victor, Moralphilosophie, Bd. 1, Freiburg i. B., 3., veränd. Aufl. 1899; 5. Aufl. 1911.
Clauberg-Dubislav = Clauberg, K. W., und Dubislav, W., Systematisches Wörterbuch der Philosophie, Leipzig 1923.

*) Die Arbeit ist bereits im September 1926 eingegangen.

**) Mehrere Schriften des gleichen Verfassers sind in den Zitaten dadurch unterschieden, daß die beiden letzten Zahlen des Erscheinungsjahres der betreffenden Schrift links oben vor die zitierte Stelle gesetzt sind.

- Crusius, Christian August, Weg zur Gewißheit der menschlichen Erkenntnis, Leipzig 1747.
- Darmstaedter, Friedrich, Recht und Rechtsordnung, Berlin-Grunewald 1925.
- Dehnw in den Annalen der Naturphilosophie, Leipzig 1921.
- Dittrich, Ottmar, Grundzüge der Sprachpsychologie, Bd. 1, Halle an der Saale 1903.
- v. Ehrenfels, Christian, System der Werttheorie, Bd. 1, Leipzig 1897.
- Eisler, Rudolph, Wörterbuch der Philosophischen Begriffe, Berlin, 2., veränd. Aufl.; Bd. 2, 1904; 3., veränd. Aufl. 1910.
- Eisler, Rudolph, Handwörterbuch der Philosophie, Berlin 1913.
- Enneccerus, Ludwig, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. u. 5., veränd. Aufl., Marburg 1909.
- Falck, N., Juristische Encyclopädie, 3. Aufl., Kiel 1830.
- Frenzel, Georg, Recht und Rechtssätze, Leipzig 1892.
- Gareis, Carl, Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft, 4., veränd. Aufl., Gießen 1913.
- Gierke im Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, begründet von Heinrich v. Marquardsen, Teil II, Abschnitt 3, Bd. 1, Freiburg i. B. u. a. 1895.
- Glück, Christian Friedrich, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Erlangen, Bd. 1, 1790; 2., veränd. Aufl. 1797.
- Goldscheid, Rudolf, Zur Ethik des Gesamtwillens, Bd. 1, Leipzig 1903.
- Gomperz, Heinrich, Zur Psychologie der logischen Grundtatsachen, Leipzig u. Wien 1897.
- Grotius-Serlin = Grotius, Hugo, Drey Bücher von Kriegs- und Friedens-Rechten, übers. von Serlin, Frankfurt a. M. 1721.
- Grueber, B. Erwin, Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin 1918.
- Hamilton in der Philosophisch-soziologischen Bücherei, Bd. 30, Leipzig 1912.
- Hecke, Gustav, Psychologie, Braunschweig 1919.
- Heerwagen, Ludwig, Die Pflichten als Grundlage des Rechts, Berlin 1912.
- Heymans, G., Einführung in die Ethik, Leipzig 1914.
- Höfding, Harald, Ethik, übers. von Bendixen, 2 Aufl. 1901.
- Höfler, Alois, Logik und Erkenntnistheorie, Bd. 1, Wien u. Leipzig 1922.
- Hölder im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 23, 1908.
- Höpfner, Ludwig Julius Friedrich, Naturrecht; 2., veränd. Aufl., Gießen 1882.
- Hoffbauer, Johann Christian, Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts, Halle 1795.
- Hold v. Ferneck, Alexander, Die Rechtswidrigkeit, Bd. 1, Jena 1903.
- Honecker, Martin, Gegenstandslogik und Denklogik, Berlin 1921.
- Husserl, Edmund, Logische Untersuchungen, Halle a. d. S., Bd. 1, 1900; Bd. 2, 1901; 2., veränd. Aufl., Bd. 1, 1913.
- Jacob, Ludwig, Heinrich, Grundriß der allgemeinen Logik, 2., veränd. Aufl., Halle a. d. S. 1791.
- Jacob, Ludwig Heinrich, Philosophische Rechtslehre, 2. Aufl., Halle a. d. S. 1802.
- v. Jhering, Rudolf, Der Zweck im Recht, Leipzig, 2., veränd. Aufl., Bd. 2, 1886; 3., veränd. Aufl., Bd. 1, 1893.

- Jodl-Siegel = Jodl, Friedrich, Lehrbuch der Psychologie, 5. u. 6.,
veränd. Aufl., bearb. von Siegel, Bd. 2, Stuttgart u. Berlin 1924.
- Kant, Immanuel, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785.
- Kaufmann, Felix, Logik und Rechtswissenschaft, Tübingen 1922.
- Kelsen, Hans, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911.
- Kelsen, im Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirt-
schaft im Deutschen Reich, Bd. 40, München u. Leipzig 1916.
- Kiesewetter, I. G. K. Chr., Logik, Berlin 1797.
- Kirchner-Michaelis = Philosophische Bibliothek, Bd. 67, 6. Aufl.,
1911.
- Knapp, Ludwig, System der Rechtsphilosophie, Erlangen 1857.
- Koppelman, Wilhelm, Untersuchungen zur Logik der Gegenwart,
Bd. 2, Berlin 1918.
- Kornfeld, Ignatz, Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz, Berlin
u. Leipzig 1920.
- Kraus, Oskar, Zur Theorie des Wertes, Halle a. d. S. 1902.
- Kreibitz, Josef Klemens, Die intellektuellen Funktionen, Wien und
Leipzig 1909.
- Krug, Wilhelm, Traugott, System der theoretischen Philosophie, 2.,
veränd. Aufl., Heidelberg 1819.
- Krug, Wilhelm Traugott, Allgemeines Handwörterbuch der philosophi-
schen Wissenschaften, Bd. 2, Leipzig 1827.
- Laband in: Das öffentliche Recht der Gegenwart, herausgeb. von
Huber u. a., Bd. 1, 6., veränd. Aufl., Tübingen 1912.
- Lasson, Adolf, System der Rechtsphilosophie, Berlin u. Leipzig 1882.
- Lehmann, Gerhard, Über die Setzung „Individualitätskonstante“ und
ihre erkenntnistheoretische Verwertung, Berliner Dissertation 1922.
- Lehmen, Alfons, Lehrbuch der Philosophie auf aristotelisch-scholasti-
scher Grundlage, Bd. 4, Freiburg i. B., 1906.
- Liebmann, Otto, Zur Analysis der Wirklichkeit, 2. Aufl., Straßburg 1880.
- Loewenstein in der Allgemeinen Zeitschrift für Psychiatrie, Bd. 46,
Berlin u. Leipzig 1920.
- Maier, Heinrich, Psychologie des emotionalen Denkens, Tübingen 1908.
- Marty, Anton, Untersuchungen zur Grundlegung der allgemeinen
Grammatik und Sprachphilosophie, Bd. 1, Halle a. d. S. 1908.
- Matthiass, Bernhard, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl.,
Berlin 1914.
- Matzat, Heinrich, Philosophie der Anpassung, Jena 1903.
- Meier, Georg Friedrich, Vernunftlehre, Halle a. d. S. 1752.
- Meinong, Alexius, Über Annahmen, 2., veränd. Aufl., Leipzig 1910.
- Meinong, Alexius, Über emotionale Präsentation, Sonderabdruck
aus den Abhandlungen der Kaiserlichen Akademie der Wissen-
schaften in Wien, philosophisch-historische Klasse, Bd. 183, Wien 1917.
- v. Meltzlin in den Abhandlungen zur römischen Rechtsgeschichte,
Heft 9, Klausenburg 1911.
- Merkel in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, begründet von
Franz v. Holtzendorff, 5., veränd. Aufl., Leipzig 1890.
- Pachmann, S., Über die gegenwärtige Bewegung in der Rechts-
wissenschaft, Berlin 1882.
- Pagel, Albert, Beitrag zur philosophischen Rechtslehre, Berlin 1914.
- Paul, Hermann, Prinzipien der Sprachgeschichte, 3. Aufl., Halle a. d. S.
1898.

- Pfänder im Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung, Halle a. d. S. 1921.
- Pollak im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 13, 1920.
- Rangette im Archiv für die gesamte Psychologie, Bd. 36, 1916.
- Rehmke, Johann, Ethik als Wissenschaft, Greifswald 1921.
- Reimarus, Hermann Samuel, Die Vernunftlehre, Hamburg u. Kiel 1750.
- Reinach in den Münchener Philosophischen Abhandlungen, Leipzig 1911, angeführt auch: Reinach, Adolf, Gesammelte Schriften, Halle (Saale) 1921.
- Sander im Archiv für öffentliches Recht, 1926.
- Sanders, Daniel, Wörterbuch der deutschen Sprache, Bd. 2, 1. Hälfte, Leipzig 1863.
- v. Sarwey im Handbuch des öffentlichen Rechts, herausgegeben von Heinrich Marquardsen, Band 1, Allgemeiner Teil, Halbband 2, Tübingen 1884.
- Sauer, Wilhelm, Grundlagen der Gesellschaft, Berlin-Grunewald 1924.
- Schmid, Karl Christian Erhard, Empirische Psychologie, Jena 1791.
- Schulze, Gottlob, Ernst, Grundsätze der allgemeinen Logik, Helmstädt 1802.
- Seligmann, Ernst, Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag, Bd. 1, Berlin u. Leipzig 1886.
- Selle, Chr. G., Grundsätze der reinen Philosophie, 1788.
- v. Seydel, Max, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Würzburg 1873.
- Somló, Felix, Juristische Grundlehre, Leipzig 1917.
- Spiegel in den Prager staatswissenschaftlichen Untersuchungen, Bd. 1, München u. Leipzig 1913.
- Stammler, Rudolf, Theorie der Rechtswissenschaft, Halle a. d. S. 1911.
- Stammler, Rudolf, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin und Leipzig 1922.
- Steudel, Adolf, Philosophie im Umriß, 2. Teil, 1. Abtlg., Stuttgart 1877.
- Stöhr, Adolf, Psychologie, Wien u. Leipzig 1917.
- Sturm, August, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht, Leipzig 1900.
- Thöl, Heinrich, Einleitung in das deutsche Privatrecht, Göttingen 1851.
- Thomasius-Gerhard = Thomasius, Christian, Drey Bücher der göttlichen Rechtsgelahrtheit, übers. von Gerhard, Halle a. d. S. 1709.
- Thomasius-Gerhard G = Thomasius, Christian, Grundlehre des Natur- und Völkerrechts, übers. von Gerhard, Halle a. d. S. 1709.
- Thon, August, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878.
- Thormeyer in: Aus Natur und Geisteswelt, Bd. 520, Leipzig und Berlin 1916.
- Tiedemann, Dietrich, Theätät, Frankfurt a. M., 1794.
- Walch, Johann Georg, Philosophisches Lexikon, 2 Bände, 2., veränd. Aufl., 1733.
- Weinhandl, Ferdinand, Über Urteilsrichtigkeit und Urteilswahrheit, Leipzig 1923.
- Wittgenstein in den Annalen der Naturphilosophie, Leipzig 1921.
- v. Wolff, Christian, Vernünfftige Gedancken von Gott, der Welt und der Seele des Menschen, 3., veränd. Aufl., Halle a. d. S. 1725.
- v. Wolff, Christian, Vernünfftige Gedancken von den Kräften des menschlichen Verstandes, 5., veränd. Aufl., Halle a. d. S. 1727.
- Wolff, Karl, Grundlehre des Sollens, Innsbruck 1924.

- Wundt, Wilhelm, Völkerpsychologie, Bd. 1, 2 Teile, Leipzig 1900.
 Wundt, Wilhelm, Grundzüge der physiologischen Psychologie, 5. Aufl., Leipzig 1902.
 Wundt, Wilhelm, Logik, 4., veränd. Aufl., Bd. 3, Leipzig 1921.
 Zedler, Johann, Heinrich, Universal-Lexikon, Leipzig u. Halle a. d. S., Bd. 24, 1740.
 Ziehen, Theodor, Erkenntnistheorie, Jena 1913.
 Ziehen, Theodor, Lehrbuch der Logik, Bonn 1920.
 Zitelmann, Ernst, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.

I.

Die Wertungslage.

1. Unter Wert versteht man:

a) Eine Wertung.

So offenbar Ziehen, wenn er¹⁾ ihn, als „die Vorstellung der Gefühlsbetonung eines Gignomens“, und Eisler, wenn er²⁾ ihn als „Wertsetzung“ bestimmt. Für Wert in diesem Sinne sagt man offenbar besser Wertung.

b) Etwas, was Wert hat.

So offenbar schon Kraus, wenn er³⁾ ihn als „Liebenswertes“, und neuestens Meier, wenn er sowohl den „primären“⁴⁾ als den „sekundären“⁵⁾ Wert als „Objekt“, und Eisler, wenn er⁶⁾ ihn im allgemeinen ebenfalls als „Objekt“ bestimmt. Für das Wort Wert in diesem Sinne besitzen wir aber bereits das Wort Gut.

c) Die Tatsache, daß etwas Wert hat.

So offenbar Liebmann, wenn er⁷⁾ ihn als „Relation“ des „beurteilten Objekts zum urteilenden Subjekt, und zwar diejenige, vermöge welcher es anderen Objekten vorgezogen wird“, und von Ehrenfels, wenn er⁸⁾ ihn als „eine Beziehung zwischen einem Objekte und einem Subjekte, welche ausdrückt, daß das Subjekt das Objekt entweder tatsächlich begehrt oder doch begehren würde, falls es von dessen Existenz nicht überzeugt wäre — oder daß durch die möglichst anschauliche, lebhafteste und vollständige Vorstellung von dem Sein des betreffenden Objekts bei dem Subjekt ein auf der Gefühlsskala Unlust-Lust höher gelegener Zustand bedingt wird, als durch die ebenso beschaffene Vorstellung von dem Tatbestand beim Nichtsein des Objekts“, bestimmt. Für Wert in diesem Sinne möchte ich die Bezeichnung Wertlage vorschlagen.

d) Eine Beschaffenheit, auf Grund deren etwas Wert hat.

So offenbar schon von Ehrenfels, wenn er⁹⁾ unter Bezugnahme auf seine soeben angeführte Begriffsbestimmung erklärt,

¹⁾ 18 481 2.²⁾ 04 725.³⁾ 145.⁴⁾ 663.⁵⁾ 666.⁶⁾ 13 757.⁷⁾ 565.⁸⁾ 95.⁹⁾ 66.

daß Wert auch „diejenige Eigenschaft des Objekts . . . vermöge welcher die charakterisierte Beziehung obwalte“, bedeute, und neuestens Meinong, wenn er ¹⁰⁾ den Wert als „den durch das Wertgefühl präsentierten Gegenstand“, und Wolff, wenn er ¹¹⁾ ihn als „Eigenschaft, ein Gut zu sein“, und ¹²⁾ das Gut als „lieb-baren Sachverhalt“ bestimmt.

Meinong ¹³⁾ ist, diesem Wertbegriff vor allen übrigen Wertbegriffen „eine Art Primat einzuräumen, geneigt“. Diese Neigung teile ich aber deshalb nicht, weil dieser Wertbegriff auf einem noch einfacheren Wertbegriffe beruht. Vielmehr möchte ich für Wert in diesem Sinne „Wertgrundlage“ sagen. Schon Eisler scheint das Wort in diesem Sinne zu gebrauchen, wenn er ¹⁴⁾ sie als „dasjenige, um deswillen etwas gewertet wird“, bestimmt. In Wahrheit aber dürfte er unter der Wertgrundlage die Wirkung eines Wertes verstehen, da er dafür auch „Wertfundament“ sagt und ¹⁵⁾ erklärt: „Das Gefallen ist das Fundament des Wertes.“ Dafür aber wäre offenbar die Bezeichnung Wertwirkung angemessener.

e) Eine Fähigkeit, Lust (im weitesten Sinne) ¹⁶⁾ zu erregen.

So offenbar schon von Jhering, wenn er ¹⁷⁾ ihn als die „Tauglichkeit eines Dinges für irgendeinen Zweck“, und neuestens Meinong, wenn er ¹⁸⁾ ihn als die „Fähigkeit eines Gegenstandes, das (praktische) Interesse eines Wertobjektes ¹⁹⁾ auf sich zu ziehen“, und Kornfeld, wenn er ²⁰⁾ ihn als „objektive Eignung eines Gegenstandes, ein Mittel für die Erhaltung und Höherentwicklung des . . . Daseins . . . abzugeben“, bestimmt.

Die meisten nennen nur eine bestimmte Fähigkeit, Lust zu erregen, Wert. So die drei Angeführten. Dagegen scheint schon Höffding jede Fähigkeit, Lust zu erregen, Wert zu nennen, wenn er ²¹⁾ ihn als „die Eigenschaft eines Dinges, daß es eine unmittelbare Befriedigung herbeiführt oder das Mittel für eine solche werden kann“, bestimmt; denn unter „Befriedigung“ versteht er wahrscheinlich nichts weiter als das, was ich weniger mißverständlich mit „Lust“ bezeichnet habe. Da ich nun für die Fähigkeit, Lust zu erregen, keine bessere Bezeichnung als das Wort Wert kenne, so werde auch ich mich dieses Wortes hierfür bedienen.

2. Was für ein Wesen selbst unmittelbar Wert hat, fühlt dieses unmittelbar. Was dagegen für dieses Wesen nur mittelbar oder,

¹⁰⁾ 17 148.

¹¹⁾ 164.

¹²⁾ 17.

¹³⁾ 17 152.

¹⁴⁾ 04 125.

¹⁵⁾ 04 731.

¹⁶⁾ Vgl. Jodl-Siegel 344.
Ackenheil 20.

¹⁷⁾ 86 88.

¹⁸⁾ 17 142.

¹⁹⁾ 116. Offenbar ein
Druckfehler für:
Wertsobjektes.

²⁰⁾ 116.

²¹⁾ 16.

was für ein anderes Wesen Wert hat, sieht es nur mittelbar ein. Im ersten Falle ist das Objekt, durch welches der Wert vermittelt wird, in Betracht zu ziehen, und ich will dann sagen, daß etwas für dieses Objekt Wert hat. Im zweiten Falle muß man auf das Subjekt, auf das der Wert bezogen wird, achten, und ich will dann sagen, daß etwas vom Standpunkte dieses Subjekts Wert hat. Daher ist eine für ein fremdes Subjekt bestehende mittelbare Wertlage erst dann völlig bestimmt, wenn feststeht, vom Standpunkt welches Subjekts und für welches Objekt sie besteht.

3. Das Vorhandensein oder Fehlen einer Wertung bei einem wertungsfähigen Wesen nenne ich eine Wertungslage.

II.

Unter Recht versteht man:

1. Etwas Rechtmäßiges (etwas Rechtes).

So offenbar schon Grotius-Serlin, wenn er ²²⁾ es als das, „was recht ist“, und neuestens offenbar Cathrein, wenn er ²³⁾ es als das, „was einem jeden als das Seinige zukommt“, und Wolff ²⁴⁾, wenn er es als „das Rechtsordnungsmäßige“ bestimmt.

2. Ein Anrecht (Berechtigung im passiven Sinne, Rechtsbefugnis).

So offenbar schon Crusius, wenn er ²⁵⁾ es als ein „moralisches Vermögen“, und neuestens Stammler, wenn er ²⁶⁾ es als „Rechtsbefugnis“, und Wolff, wenn er ²⁷⁾ es als einen „Anspruch“ bestimmt.

3. Ein oder mehrere Rechtsverhältnisse.

Als einen Inbegriff von Rechtsverhältnissen bestimmt es Matzat ²⁸⁾, als ein einziges Rechtsverhältnis Stammler ²⁹⁾, und neustens offenbar Darmstaedter, wenn er ³⁰⁾ es als „Gleichgewichtszustand in den sozialen Beziehungen“ definiert.

4. Den Inbegriff aller Rechtsbefugnisse und Rechtspflichten innerhalb einer Rechtsgemeinschaft.

So offenbar Wundt, wenn er ³¹⁾ es als „die Summe der Befugnisse und Pflichten, die ein in einer Gemeinschaft geltender übergeordneter Wille den einzelnen Mitgliedern dieser Gemeinschaft und sich selber zuerkennt“, definiert.

²²⁾ I 1. § III 1.

²³⁾ 11 507.

²⁴⁾ 163.

²⁵⁾ 6.

²⁶⁾ 22 244 5.

²⁷⁾ 163.

²⁸⁾ 169.

²⁹⁾ 244.

³⁰⁾ 22.

³¹⁾ 21 578

5. Einen oder mehrere Vorgänge.

So vielleicht schon Thomasius-Gerhard, wenn er ³²⁾ es als „Gesetz“ und ³³⁾ dieses als „Befehl“ bestimmt. Denn unter einem Befehl versteht man meist einen Vorgang. So offenbar Seligmann, wenn er ³⁴⁾ ihn als „Willenserklärung“, und Marty, wenn er ³⁵⁾ ihn als „Willensappell“ bestimmt. Oft freilich versteht man unter einem Befehl auch keinen Vorgang. So vielleicht schon Bierling, wenn er ³⁶⁾ ihn als „Imperativ“ und diesen als „Satz“ bestimmt; denn unter einem Satz versteht man oft keinen Vorgang. So offenbar Gomperz, wenn er ³⁷⁾ ihn als ein „Lautzeichen“, und Paul, wenn er ³⁸⁾ ihn als „Symbol“ bestimmt. Unzweifelhaft versteht Wolff unter einem Befehl keinen Vorgang, wenn er ³⁹⁾ ihn als einen „Bestimmungssatz“, diesen ⁴⁰⁾ als einen „Sollsatz“ und ⁴¹⁾ diesen als einen „Satz im logischen Sinne“, und Sander, wenn er ⁴²⁾ ihn als eine „Chancenmeinung“ bestimmt.

Unzweifelhaft versteht schon Knapp unter Recht einen oder mehrere Vorgänge, wenn er ⁴³⁾ es als „gewaltsame Unterwerfung des Menschen unter das vorgestellte Gattungsinteresse“, und Kaufmann, wenn er ⁴⁴⁾ es als „Norm“, diese ⁴⁵⁾ als „Satzgehalt“, und zwar ⁴⁶⁾ den eines „Sollenssatzes“, das Sollen ⁴⁷⁾ als eine „Objektivierung“ und ⁴⁸⁾ diese als einen „Prozeß“ bestimmt. Auch Sauer versteht unter Recht offenbar einen Vorgang, wenn er ⁴⁹⁾ es als eine „richtende Verknüpfung“ bestimmt.

6. Ein oder mehrere Symbole.

Auch so könnte man schon Thomasius-Gerhard an der soeben besprochenen Stelle auslegen. Denn unter einem Satze versteht man oft ein Symbol. So offenbar schon Gomperz und Paul an den eben genannten Stellen.

Offenbar versteht Höfding unter Recht einen Inbegriff von Symbolen, wenn er ⁵⁰⁾ es als „einen Inbegriff der in bestimmten Kundgebungen ausgesprochenen Regeln“, und wahrscheinlich Matthiass, wenn er ⁵¹⁾ es als eine „Gesamtheit“ von „Rechtsvorschriften“, und Grueber, wenn er ⁵²⁾ es als einen „Inbegriff“ von „Normen“ bestimmt. Denn unter einer Vorschrift versteht man meiner Meinung nach meist ein Symbol, und unter einer Norm scheinen das gleichfalls viele zu verstehen. So vielleicht

³²⁾ I 1 § 27.

³³⁾ I 1 § 28.

³⁴⁾ 46.

³⁵⁾ 288.

³⁶⁾ 83 349.

³⁷⁾ 20.

³⁸⁾ 111.

³⁹⁾ 47.

⁴⁰⁾ 40.

⁴¹⁾ 53.

⁴²⁾ 170.

⁴³⁾ 193.

⁴⁴⁾ X.

⁴⁵⁾ 112.

⁴⁶⁾ 68.

⁴⁷⁾ 73.

⁴⁸⁾ 69.

⁴⁹⁾ 408 f.

⁵⁰⁾ 522.

⁵¹⁾ 17.

⁵²⁾ 21.

schon Zedler, wenn er ⁵³⁾ sie als „Regel“, Thon, wenn er ⁵⁴⁾ sie als „Imperativ“, Bierling, wenn er ⁵⁵⁾ sie als einen „Ausdruck eines Wollens“, und Kelsen, wenn er ⁵⁶⁾ sie als „Satz“ bestimmt.

7. Einen oder mehrere Bewußtseinszustände.

So vielleicht schon Jacob, wenn er ⁵⁷⁾ darunter „Gesetze“, darunter ⁵⁸⁾ „Vernunftgründe“ und ⁵⁹⁾ darunter „Vorstellungen“, und neuestens Loening, wenn er ⁶⁰⁾ darunter „Normen“ und darunter „Vorstellungen“ versteht. Denn unter einer Vorstellung versteht man manchmal einen Bewußtseinsinhalt. So offenbar Selle, wenn er ⁶¹⁾ sie als „Bewußtsein einer erfahrenen Empfindung“, und Bergmann, wenn er ⁶²⁾ sie als „Haben eines Gegenstandes im Bewußtsein“ bestimmt. Meist freilich versteht man unter einer Vorstellung keinen Bewußtseinszustand. So schon Meier, wenn er ⁶³⁾ sie als ein „Bild“, und Schmid, wenn er ⁶⁴⁾ sie als eine „Veränderung“, und in neuerer Zeit Wundt, wenn er ⁶⁵⁾ sie ebenfalls als ein „Bild“, und Dittrich, wenn er ⁶⁶⁾ sie als ein „Gebilde“ bestimmt ⁶⁷⁾.

Neuestens scheint Stammler unter Recht einen Bewußtseinszustand zu verstehen, wenn er ⁶⁸⁾ es als ein „Wollen“ und ⁶⁹⁾ dieses als „eine Richtung des Bewußtseins“ bestimmt. Man wird freilich an dieser Auslegung gleich wieder irre, wenn er fortfährt, „nämlich das Auswählen von Mitteln“. Denn danach scheint er darunter einen Vorgang zu verstehen.

8. Einen oder mehrere Bewußtseinsinhalte.

So vielleicht schon Jacob und Loening an den eben angeführten Stellen; denn unter einer Vorstellung versteht man oft einen Bewußtseinsinhalt. So offenbar Meier, Wundt und Dittrich an den eben angeführten Stellen. Auch Wenzel könnte hierher gehören, wenn er ⁷⁰⁾ die „Gesetze“ zu den Bestandteilen des Rechts rechnet und ⁷¹⁾ darunter „Gedanken“ versteht; denn unter einem Gedanken versteht man ebenfalls häufig einen Bewußtseinsinhalt. So offenbar Eisler, wenn er ⁷²⁾ ihn als „Denkgebilde“, und Rangette, wenn er ⁷³⁾ ihn als „unanschaulichen Inhalt“ bestimmt. Dieselbe Auslegung wäre auch für die oben angeführte Stelle bei Stammler möglich.

⁵³⁾ XXIV.

⁵⁴⁾ 3.

⁵⁵⁾ § 30 8.

⁵⁶⁾ 94 29.

⁵⁷⁾ 11 6.

⁵⁸⁾ 02 4.

⁵⁹⁾ 02 10.

⁶⁰⁾ 20.

⁶¹⁾ 27.

⁶²⁾ 31 f.

⁶³⁾ § 24.

⁶⁴⁾ 179.

⁶⁵⁾ 02 370 f.

⁶⁶⁾ § 1184.

⁶⁷⁾ Jakob selbst sagt ⁹¹⁾ § 97:

„Der Begriff der Vorstellung kann so wenig definiert werden als die Bewegung.“

⁶⁸⁾ 22 89.

⁶⁹⁾ 22 56.

⁷⁰⁾ 5.

⁷¹⁾ 12.

⁷²⁾ 18 129.

⁷³⁾ 219.

9. Eine oder mehrere Bewußtseinsdispositionen.

So wahrscheinlich schon Böhlau, wenn er ⁷⁴⁾ es eine „Überzeugung“, und Affolter, wenn er ⁷⁵⁾ es eine „Summe“ von „Anschauungen“ nennt, und offenbar Frenzel, wenn er ⁷⁶⁾ es als eine Gewohnheit und ⁷⁷⁾ diese als „die dauernde Eigenschaft der Seele . . . welche die Vorstellung der Gewohnheitsgelegenheit mit dem Antriebe zur Gewohnheitshandlung verknüpft“, bestimmt.

10. Eine Sicherheit.

So Sauer ⁷⁸⁾.

11. Eine wirkende Macht.

So Hold von Ferneck ⁷⁹⁾.

12. Etwas Zusinnbares.

So Wolff ⁸⁰⁾.

13. Die Tatsache, daß etwas zusinnbar ist.

Das meint wohl Wolff, wenn er ⁸¹⁾ es als eine „Zusinnbarkeit“ bestimmt.

14. Eine Wertlage.

So vielleicht schon Thomasius-Gerhard, wenn er ⁸²⁾ es als „Gesetz“ und ⁸³⁾ dieses als „Befehl“ bestimmt; denn unter einem Befehl versteht man manchmal eine Wertlage. So vielleicht schon Bierling, wenn er ⁸⁴⁾ ihn als „Imperativ“ und diesen als „Satz“ bestimmt; denn unter einem Satz versteht man manchmal einen Sachverhalt. So wahrscheinlich schon Bolzano, wenn er ⁸⁵⁾ ihn als „Aussage . . . gleichviel . . . ob sie . . . in Worte gefaßt . . . ja auch . . . nur gedacht . . . worden ist“, und Husserl, wenn er ⁸⁶⁾ ihn als Bedeutung einer selbständig abgeschlossenen „Aussage“ bestimmt.

Offenbar versteht schon Meltzl unter Recht eine Wertlage, wenn er ⁸⁷⁾ lehrt, daß es aus „Verpflichtungen“ bestünde. Ebenso offenbar neuestens Baumgarten, wenn er ⁸⁸⁾ erklärt, daß „der Rechtsbefehl nichts anderes ist als der bildliche Ausdruck eines eigenartigen sittlichen Sollens“, und Binder, wenn er die Bestandteile des Rechts einerseits ⁸⁹⁾ als „Zwangsnormen“ und ⁹⁰⁾ diese als „auf ein bestimmtes Verhalten gerichtete Forderungen“, andererseits ⁹¹⁾ als „Bedeutungen“ bestimmt.

⁷⁴⁾ 210.

⁷⁵⁾ 89 7.

⁷⁶⁾ 67 f.

⁷⁷⁾ 14.

⁷⁸⁾ 448.

⁷⁹⁾ 98.

⁸⁰⁾ 161.

⁸¹⁾ 162.

⁸²⁾ I 1 § 27.

⁸³⁾ I 1 § 28.

⁸⁴⁾ 83 349.

⁸⁵⁾ 77.

⁸⁶⁾ 01 444.

⁸⁷⁾ 177.

⁸⁸⁾ 15. 38.

⁸⁹⁾ 689.

⁹⁰⁾ 703.

⁹¹⁾ 692.

III.

Diejenigen, welche unter den Bestandteilen des Rechts sicher oder vielleicht Wertlagen verstehen, bezeichnen diese Bestandteile als:

1. Gesetze.

So schon Thomasius-Gerhard ⁹²⁾ und neuestens Cathrein ⁹³⁾ und Wenzel ⁹⁴⁾.

Gegen dieses Wort habe ich einzuwenden, daß man beim Begriffe des Gesetzes meist voraussetzt:

a) Nach gewöhnlichem Sprachgebrauche, daß es ist:

aa) Ein Symbol.

So versteht dieses Wort, wie wir sahen, vielleicht schon Thomasius-Gerhard, und neuestens vielleicht Baumgarten, wenn er ⁹⁵⁾ es als „Anordnung“ bestimmt. Mit dankenswertester Klarheit bestimmt es allerdings erst Wolff ⁹⁶⁾ als „Rechtsordnungstext“.

bb) Allgemein.

So schon Thomasius-Gerhard ⁹⁷⁾, und neuestens Lasson ⁹⁸⁾ und Baumgarten ⁹⁹⁾.

b) Im modernen juristischen Sprachgebrauch, daß es in bestimmter Form ergangen ist.

So z. B. Enneccerus, wenn er ¹⁰⁰⁾ dazu fordert, daß es „von den nach der Verfassung dazu berechtigten Organen aufgestellt und publiziert ist“, und neuestens Wenzel, wenn er ¹⁰¹⁾ dazu fordert, daß es „von der souveränen Instanz“ stammt, und sagt: „Den obersten Normsetzer einer Gemeinschaft, der keiner Instanz außerhalb dieser Gemeinschaft untersteht, nennen wir souverän.“

2. Befehle.

So schon Thomasius-Gerhard, wenn er ¹⁰²⁾ das Recht als „Gesetz“, und dieses ¹⁰³⁾ als Befehl bestimmt, und neuestens Baumgarten ¹⁰⁴⁾. Unter einem Befehl aber versteht man, wie wir gesehen haben, meist einen Vorgang ¹⁰⁵⁾ oder ein Symbol ¹⁰⁶⁾.

3. Richtschnuren.

So schon Grotius-Serlin, wenn er ¹⁰⁷⁾ sie als „Gesetze“ und diese als Richtschnuren bestimmt, und neuestens ausdrücklich ¹⁰⁸⁾ Merkel, und offenbar Lehmen, wenn er ¹⁰⁹⁾ sie als „Rechtsgesetze“ und ¹¹⁰⁾ die Gesetze als Richtschnuren bestimmt. Eine Richtschnur aber braucht keine Wertlage zu sein.

⁹²⁾ I 1 § 27.

⁹³⁾ II 579.

⁹⁴⁾ 5.

⁹⁵⁾ 191.

⁹⁶⁾ 176.

⁹⁷⁾ G I 5 § 3.

⁹⁸⁾ 218.

⁹⁹⁾ 275.

¹⁰⁰⁾ 74 f.

¹⁰¹⁾ 180.

¹⁰²⁾ I 1 § 27.

¹⁰³⁾ I 1 § 28.

¹⁰⁴⁾ 191.

¹⁰⁵⁾ Vgl. Z. II 5.

¹⁰⁶⁾ Vgl. Z. II 6.

¹⁰⁷⁾ I 1 § IX 1.

¹⁰⁸⁾ 5.

¹⁰⁹⁾ 116.

¹¹⁰⁾ 73.

4. Sätze.

So Höpfner, wenn er ¹¹¹⁾ sie als „Gesetze“ und ¹¹²⁾ diese als Sätze, und neuestens Bierling, wenn er ¹¹³⁾ sie als „Imperative“ und ¹¹⁴⁾ diese als Sätze, und Somló, wenn er ¹¹⁵⁾ sie als „Normen“ und ¹¹⁶⁾ diese als Sätze bestimmt.

Gegen diese Bezeichnung habe ich einzuwenden:

a) Daß man unter einem Satze gewöhnlich versteht:

aa) Ein Symbol.

So offenbar schon von Wolff, wenn er ¹¹⁷⁾ ihn als eine „Rede“ bestimmt; denn unter einer Rede verstand man damals ein Symbol. So z. B. Walch, wenn er ¹¹⁸⁾ sie als einen „Klang, dadurch ein . . . Mensch . . . Gedanken und Begierden zu verstehen gibt“, und Meier, wenn er ¹¹⁹⁾ sie als „eine Reihe von Worten, welche miteinander verknüpfte Vorstellungen bezeichnet“, bestimmt. Neuestens bestimmt Paul ¹²⁰⁾ den Satz ausdrücklich als Symbol, und Wittgenstein meint offenbar dasselbe, wenn er ¹²¹⁾ ihn als ein „Satzzeichen“ bestimmt.

bb) Einen Vorgang.

So offenbar schon Mehmel, wenn er ¹²²⁾ ihn eine „Handlung“, und neuestens Brugmann, wenn er ¹²³⁾ ihn eine „Äußerung einer Gesamtvorstellung“, und Stöhr, wenn er ¹²⁴⁾ ihn eine „Benennung“ nennt.

b) Daß, wer unter einem Satze einen Sachverhalt versteht:

aa) dabei gewöhnlich voraussetzt, daß er erfaßt ist.

So wahrscheinlich schon Walch, wenn er ¹²⁵⁾ ihn als ein „Urtheil . . . so ferne man es in Worten ausdrücket“, und offenbar schon Husserl, wenn er ¹²⁶⁾ ihn als „Bedeutung einer selbständig abgeschlossenen Aussage“, und neuestens Meinong, wenn er ¹²⁷⁾ ihn als ein „erfaßtes . . . Objektiv“ bestimmt.

bb) Noch hinzusetzen müßte, daß dieser Sachverhalt eine Wertlage sein muß.

5. Normen.

So schon Glück, wenn er ¹²⁸⁾ sie als „Gesetze“ und ¹²⁹⁾ diese als Normen bestimmt, und neuestens Grueber ¹³⁰⁾ und Binder ¹³¹⁾.

Gegen diese Bezeichnung habe ich einzuwenden:

¹¹¹⁾ 14.

¹¹²⁾ 5.

¹¹³⁾ 88 12.

¹¹⁴⁾ 83 349.

¹¹⁵⁾ 105.

¹¹⁶⁾ 60

¹¹⁷⁾ 40.

¹¹⁸⁾ 2113.

¹¹⁹⁾ § 488.

¹²⁰⁾ 111.

¹²¹⁾ 204: 3, 12.

¹²²⁾ 48.

¹²³⁾ 16.

¹²⁴⁾ 432.

¹²⁵⁾ 1536.

¹²⁶⁾ 01 444; 13 176.

¹²⁷⁾ 10 100.

¹²⁸⁾ 90 7.

¹²⁹⁾ 90 49.

¹³⁰⁾ 21.

¹³¹⁾ 691.

a) Daß man unter einer Norm gewöhnlich versteht:

aa) ein Symbol.

So wahrscheinlich schon Bierling ¹³²⁾ und neuestens Pollak ¹³³⁾, wenn sie sie als „Regel“, und Loewenstein, wenn er ¹³⁴⁾ sie als eine „Vorschrift“ bestimmt; denn, wie wir noch ¹³⁵⁾ sehen werden, versteht man unter einer Regel oft ein Symbol, und mit dem Worte Vorschrift scheint es mir nicht anders bewandt zu sein.

bb) Einen Vorgang.

So vielleicht schon Thon, wenn er ¹³⁶⁾ sie als „Imperativ“, und neuestens Wenzel, wenn er ¹³⁷⁾ sowohl die Handlungsnormen wie die Urteilsnormen als „Gedanken“ bestimmt. Denn, daß man unter einem Imperativ oft einen Vorgang versteht, werden wir noch ¹³⁸⁾ sehen. Aber auch unter einem Gedanken versteht man oft einen solchen. So offenbar Eisler, wenn er ¹³⁹⁾ ihn als „Denkakt“, und Höfler, wenn er ¹⁴⁰⁾ ihn als eine „Tätigkeit“ bestimmt. Daß vielleicht auch Loewenstein unter einer Norm einen Vorgang versteht, wenn er sie an der eben angeführten Stelle eine „Vorschrift“ nennt, werden wir unten ¹⁴¹⁾ sehen.

cc) Einen Bewußtseinszustand.

So vielleicht Kelsen, wenn er ¹⁴²⁾ sie als „Sollvorstellung“ bestimmt; denn unter einer Vorstellung versteht man oft einen Bewußtseinszustand. So offenbar Selle, wenn er ¹⁴³⁾ sie als ein „Bewußtsein“, und Bergmann, wenn er ¹⁴⁴⁾ sie als ein „Haben“ bestimmt.

dd) Einen Bewußtseinsinhalt.

So vielleicht Kelsen an der eben besprochenen Stelle; denn unter einer Vorstellung versteht man oft einen Bewußtseinsinhalt. So ausdrücklich Kreibitz ¹⁴⁵⁾ und offenbar Kirchner-Michaelis, wenn er ¹⁴⁶⁾ sie als ein „psychisches Gebilde“ bestimmt. Auch Wenzel versteht vielleicht an der unter Z. bb angeführten Stelle unter einer Norm einen Bewußtseinsinhalt; denn auch unter einem Gedanken versteht man oft einen solchen. So offenbar Hamilton, wenn er ¹⁴⁷⁾ ihn als „Erzeugnis jedes beliebigen Denkakts“, und Eisler, wenn er ¹⁴⁸⁾ ihn als „Denkgebilde“ bestimmt.

b) Daß das Wort Norm ein Fremdwort ist.

¹³²⁾ 77 3.

¹³³⁾ 114 12.

¹³⁴⁾ 90.

¹³⁵⁾ Vgl. unten Z 7 a.

¹³⁶⁾ 3.

¹³⁷⁾ 115.

¹³⁸⁾ Vgl. Z. 11 b.

¹³⁹⁾ 10 389.

¹⁴⁰⁾ 26.

¹⁴¹⁾ Vgl. Z. 6 b.

¹⁴²⁾ 16 1709

¹⁴³⁾ 27.

¹⁴⁴⁾ 31 f.

¹⁴⁵⁾ 21 f.

¹⁴⁶⁾ 1079.

¹⁴⁷⁾ 25.

¹⁴⁸⁾ 13 229.

6. Vorschriften.

So schon Glück, wenn er ¹⁴⁹⁾ sie als „Gesetze“ und ¹⁵⁰⁾ diese als Vorschriften, und neuestens Eisler, wenn er ¹⁵¹⁾ sie als „Normen“ und ¹⁵²⁾ diese als Vorschriften bestimmt.

Unter einer Vorschrift aber versteht man gewöhnlich:

a) Ein Symbol.

So wahrscheinlich Glück, wenn er sie „Gesetze“ ¹⁵³⁾, und Eisler, wenn er sie „Normen“ ¹⁵⁴⁾ nennt.

b) einen Vorgang.

So wohl Matthiass, wenn er ¹⁵⁵⁾ unter Rechtsvorschriften „Einzeläußerungen“ versteht.

7. Regeln.

So schon Hoffbauer, wenn er ¹⁵⁶⁾ sie als „Gesetze“ und diese als Regeln, und neuestens Eisler, wenn er ¹⁵⁷⁾ sie als „Normen“ und ¹⁵⁸⁾ diese als Regeln bestimmt, und ausdrücklich Kornfeld ¹⁵⁹⁾.

Gegen diese Bezeichnung habe ich einzuwenden:

a) Daß man unter einer Regel gewöhnlich ein Symbol versteht.

So wahrscheinlich schon Walch ¹⁶⁰⁾, und neuestens Biermann ¹⁶¹⁾, wenn sie sie als einen „Satz“, und offenbar Kirchmann-Michaelis, wenn er ¹⁶²⁾ sie als einen „Satz“ und ¹⁶³⁾ diesen als „einen Ausdruck für einen . . . Vorgang“ bestimmt.

b) Daß man beim Begriffe der Regel gewöhnlich voraussetzt, daß sie allgemein ist.

So schon Jacob ¹⁶⁴⁾ und neuestens Pollak ¹⁶⁵⁾, und offenbar auch Kornfeld, wenn er ¹⁶⁶⁾ dazu „Gleichförmigkeit“, und Clauberg-Dubislav, wenn er ¹⁶⁷⁾ dazu fordert, daß sie „meist“ gilt.

8. Grundsätze.

So schon Falck ¹⁶⁸⁾ und neuestens Bierling, wenn er ¹⁶⁹⁾ sie als „Normen“ und ¹⁷⁰⁾ diese als Grundsätze bestimmt.

Hiergegen habe ich einzuwenden, daß man beim Begriffe des Grundsatzes:

a) gewöhnlich voraussetzt, daß er ist:

aa) ein Symbol.

So wahrscheinlich schon Schulze ¹⁷¹⁾ und neuestens Thormeyer ¹⁷²⁾, wenn sie ihn als „Satz“ ¹⁷³⁾, und Heymans, wenn er ¹⁷⁴⁾ ihn als „Regel“ ¹⁷⁵⁾ bestimmt.

¹⁴⁹⁾ 90 7.

¹⁵⁰⁾ 97 42.

¹⁵¹⁾ 13 544.

¹⁵²⁾ 13 441.

¹⁵³⁾ Vgl. Z. 1, a, aa.

¹⁵⁴⁾ Vgl. Z. 5, a, aa.

¹⁵⁵⁾ 7.

¹⁵⁶⁾ 88 f.

¹⁵⁷⁾ 13 549.

¹⁵⁸⁾ 13 441.

¹⁵⁹⁾ 125.

¹⁶⁰⁾ 2134.

¹⁶¹⁾ 1.

¹⁶²⁾ 805.

¹⁶³⁾ 830.

¹⁶⁴⁾ 91 § 139.

¹⁶⁵⁾ 114.

¹⁶⁶⁾ 66.

¹⁶⁷⁾ 378.

¹⁶⁸⁾ 4.

¹⁶⁹⁾ 77 12.

¹⁷⁰⁾ 77 3.

¹⁷¹⁾ 47.

¹⁷²⁾ 15.

¹⁷³⁾ Vgl. Z. 4, a, aa.

¹⁷⁴⁾ 307.

¹⁷⁵⁾ Vgl. Z. 7, a.

bb) Einleuchtend.

So offenbar schon Kiesewetter, wenn er ¹⁷⁶⁾ dazu fordert, daß seine „Wahrheit erkannt wird, sobald man sie versteht“, und neuestens Eisler, wenn er ¹⁷⁷⁾ ihn als „Prinzip“ bestimmt und zu ¹⁷⁸⁾ dessen Begriff fordert, daß aus ihm „das Dasein eines Etwas ursprünglich ableitbar, begreiflich ist“, und ausdrücklich Thormeyer ¹⁷⁹⁾.

b) Nicht voraussetzt, daß er sich auf eine Wertlage bezieht.

9. Rechtssätze.

So Thöl ¹⁸⁰⁾ und Gierke ¹⁸¹⁾.

Unter einem Rechtssatz aber versteht man gewöhnlich:

a) Ein Symbol.

So wahrscheinlich schon Hoffbauer ¹⁸²⁾, und neuestens Affolter ¹⁸³⁾, wenn sie ihn als „Satz“ ¹⁸⁴⁾, und Laband, wenn er ¹⁸⁵⁾ ihn als „Regel“ ¹⁸⁶⁾ bestimmt.

b) Einen Vorgang.

So vielleicht schon Hoffbauer, wenn er ¹⁸⁷⁾ ihn als „Satz“ ¹⁸⁸⁾, und offenbar Maier, wenn er ¹⁸⁹⁾ ihn als eine „Willenshandlung“, und Kornfeld, wenn er ¹⁹⁰⁾ ihn als eine „Formulierung“ bestimmt.

c) Einen Bewußtseinsinhalt.

So offenbar Loening, wenn er ¹⁹¹⁾ ihn als eine „in einem konkreten Falle auftretende Vorstellung, daß ein bestimmtes Handeln eines Beteiligten eben diesem Sachverhalt gemäß ist“, bestimmt.

10. Bestimmungen.

So schon Sanders ¹⁹²⁾ und neuestens von Seydel ¹⁹³⁾ und Lasson ¹⁹⁴⁾.

Unter einer Bestimmung versteht man aber gewöhnlich einen Vorgang. So offenbar Eisler, wenn er ¹⁹⁵⁾ sie als „Setzen einer Bestimmtheit“, und Binder, wenn er ¹⁹⁶⁾ sie als eine „Erklärung“ bestimmt.

11. Imperative.

So schon Thon ¹⁹⁷⁾ und neuestens Sturm ¹⁹⁸⁾ und offenbar auch Wenzel, wenn er ¹⁹⁹⁾ sie als „Gesetze“, diese ²⁰⁰⁾ als „Handlungsnormen“ und diese ²⁰¹⁾ als Imperative bestimmt.

¹⁷⁶⁾ 85.¹⁷⁷⁾ 10 1053.¹⁷⁸⁾ 10 1054.¹⁷⁹⁾ 15.¹⁸⁰⁾ 91.¹⁸¹⁾ 112.¹⁸²⁾ 95 66.¹⁸³⁾ 08 362.¹⁸⁴⁾ Vgl. Z. 4, a, aa.¹⁸⁵⁾ 115.¹⁸⁶⁾ Vgl. Z. 9, a.¹⁸⁷⁾ 95 66.¹⁸⁸⁾ Vgl. Z. 4, a, bb.¹⁸⁹⁾ 716.¹⁹⁰⁾ 61.¹⁹¹⁾ 24.¹⁹²⁾ 676 Z. 4, b.¹⁹³⁾ 13.¹⁹⁴⁾ 412.¹⁹⁵⁾ 04 146.¹⁹⁶⁾ 724.¹⁹⁷⁾ 8.¹⁹⁸⁾ 189.¹⁹⁹⁾ 5.²⁰⁰⁾ 36.²⁰¹⁾ 30.

Unter einem Imperativ aber versteht man gewöhnlich:

a) ein Symbol.

So wahrscheinlich schon Kant, wenn er ²⁰²⁾ ihn als eine „Formel“, und-vielleicht Enneccerus, wenn er ²⁰³⁾ ihn als „Gebot“, und Kornfeld, wenn er ²⁰⁴⁾ ihn als „Forderung“ bestimmt.

b) einen Vorgang.

So vielleicht schon Krug, wenn er ²⁰⁵⁾ ihn als „Gebot“ ²⁰⁶⁾, und offenbar schon Hold von Ferneck, wenn er ²⁰⁷⁾ ihn als „Norm“ und ²⁰⁸⁾ diese als „Kundgebung“, und neuestens Somló, wenn er ²⁰⁹⁾ ihn als „Befehl“ und ²¹⁰⁾ diesen als „Äußerung“, und Wolff, wenn er ²¹¹⁾ ihn als „Willenserklärung“ bestimmt.

c) einen Bewußtseinsinhalt.

So vielleicht Wenzel, wenn er ²¹²⁾ darunter „Gedanken“ ²¹³⁾ versteht.

12. Urteile.

So schon Zitelmann, wenn er ²¹⁴⁾ sie als „Normen“ und ²¹⁵⁾ diese als Urteile, und neuestens Wenzel, wenn er ²¹⁶⁾ sie als „Gesetze“ und ²¹⁷⁾ diese als Urteile und Sander, wenn er ²¹⁸⁾ sie als „Akte“ und ²¹⁹⁾ diese als Urteile bestimmt.

Gegen diese Bezeichnung habe ich einzuwenden, daß:

a) man unter einem Urteil gewöhnlich versteht:

aa) einen Vorgang.

So offenbar schon von Wolff, wenn er ²²⁰⁾ es als „eine Verbindung oder eine Trennung“ bestimmt, und neuestens ausdrücklich Hecke ²²¹⁾ und offenbar auch Lehmann, wenn er ²²²⁾ es als eine „Tätigkeit“, und Jodl-Siegel, wenn er ²²³⁾ es als einen „Akt“ bestimmt.

bb) einen Bewußtseinszustand.

So offenbar schon Reimarus, wenn er ²²⁴⁾ es als eine „Einsicht“, und neuestens offenbar Reinach, wenn er ²²⁵⁾ es als „Überzeugung“ und Honecker, wenn er ²²⁶⁾ es als „Sachverhaltsmeinen“ bestimmt.

cc) einen Bewußtseinsinhalt.

So offenbar Koppelman, wenn er ²²⁷⁾ die Urteile als „Ergebnisse der Denk- resp. Erkenntnisurteile“, Ziehen, wenn er ²²⁸⁾

²⁰²⁾ 413.

²⁰³⁾ 58 3.

²⁰⁴⁾ 24.

²⁰⁵⁾ 27 451.

²⁰⁶⁾ Vgl. Z. 13.

²⁰⁷⁾ 198.

²⁰⁸⁾ 79.

²⁰⁹⁾ 214.

²¹⁰⁾ 195.

²¹¹⁾ 50.

²¹²⁾ 62.

²¹³⁾ Vgl. Z. 20, b.

²¹⁴⁾ 201.

²¹⁵⁾ 223.

²¹⁶⁾ 5.

²¹⁷⁾ 52.

²¹⁸⁾ 183.

²¹⁹⁾ 194 15.

²²⁰⁾ 27 10.

²²¹⁾ 231.

²²²⁾ 24.

²²³⁾ 287.

²²⁴⁾ § 108.

²²⁵⁾ 74.

²²⁶⁾ 79.

²²⁷⁾ 34.

²²⁸⁾ 20 603.

sie als „physische Gebilde“, und Pfänder, wenn er ²²⁹⁾ sie als „Gedankengebilde“ bestimmt.

dd) einen erfaßten Sachverhalt.

So offenbar schon Husserl ²³⁰⁾ und neuestens Kaufmann ²³¹⁾, wenn sie es als „Urteilsinhalt“, und Weinhandl, wenn er ²³²⁾ es als „Gebilde, dem Wahrheit bzw. Falschheit zukommt“, bestimmt.

b) diese Bestimmung noch dahin ergänzt werden müßte, daß dieses Urteil eine Wertlage sein muß.

13. Gebote.

So schon Bierling, wenn er ²³³⁾ sie als „Normen“ und ²³⁴⁾ diese als Gebote bestimmt, und neuestens ausdrücklich Gareis ²³⁵⁾ und Wenzel, wenn er ²³⁶⁾ sie als „Gesetze“, diese ²³⁷⁾ als „Handlungsnormen“, diese ²³⁸⁾ als „Imperative“ und ²³⁹⁾ diese als Gebote bestimmt.

Unter einem Gebote aber versteht man gewöhnlich einen Vorgang. So wahrscheinlich schon Kant, wenn er ²⁴⁰⁾ es als eine „Vorstellung“ ²⁴¹⁾, und offenbar schon Bon ²⁴²⁾ und neuestens Dehn ²⁴³⁾, wenn sie es als eine „Äußerung“, und vielleicht auch Wolff, wenn er ²⁴⁴⁾ es als eine „Forderung“ und diese als ein „Urteil“ ²⁴⁵⁾ bestimmt.

14. Verbote.

So schon Bierling, wenn er ²⁴⁶⁾ sie als „Normen“ und ²⁴⁷⁾ diese als Verbote bestimmt, und neuestens ausdrücklich Gareis ²⁴⁸⁾ und Wenzel, wenn er ²⁴⁹⁾ sie als „Gesetze“, diese ²⁵⁰⁾ als „Handlungsnormen“, diese ²⁵¹⁾ als „Imperative“ und ²⁵²⁾ diese als Verbote bestimmt.

Unter einem Verbot aber versteht man gewöhnlich ebenfalls einen Vorgang. So wahrscheinlich Wolff, wenn er ²⁵³⁾ es als „Forderung“ und diese als „Urteil“ bestimmt. Im übrigen vergleiche man das über den Begriff des Gebotes Gesagte.

15. Anweisungen.

So schon von Jhering, wenn er ²⁵⁴⁾ sie als „Normen“ und ²⁵⁵⁾ diese als Anweisungen bestimmt, und neuestens ausdrücklich Heerwagen ²⁵⁶⁾.

²²⁹⁾ 180.

²³⁰⁾ 00 176.

²³¹⁾ 78.

²³²⁾ 136.

²³³⁾ 77 12.

²³⁴⁾ 88 29.

²³⁵⁾ 16.

²³⁶⁾ 5.

²³⁷⁾ 36.

²³⁸⁾ 36.

²³⁹⁾ 37.

²⁴⁰⁾ 413.

²⁴¹⁾ Vgl. Anm. 64 und dazu z. B. Tiedemann, der (116) sie eine „Veränderung“ und Beneke, der (6) sie eine „Tätigkeit“ nennt.

²⁴²⁾ 32.

²⁴³⁾ 296.

²⁴⁴⁾ 55.

²⁴⁵⁾ Vgl. Z. 12, a, aa.

²⁴⁶⁾ 77 12.

²⁴⁷⁾ 88 29.

²⁴⁸⁾ 16.

²⁴⁹⁾ 5.

²⁵⁰⁾ 36.

²⁵¹⁾ 36.

²⁵²⁾ 37.

²⁵³⁾ 55.

²⁵⁴⁾ Vgl. Z. 12, a, aa.

²⁵⁵⁾ 98 320.

²⁵⁶⁾ 98 330.

16. Verordnungen.

So Cathrein, wenn er ²⁵⁷⁾ sie als „Gesetze“ und ²⁵⁸⁾ diese als Verordnungen bestimmt.

Gegen diese Bezeichnung habe ich einzuwenden, daß man:

a) unter einer Verordnung meiner Meinung nach gewöhnlich ein Symbol oder einen Vorgang versteht;

b) beim Begriffe der Verordnung in der modernen Rechtsprache voraussetzt, daß sie in bestimmter Form ergangen ist.

17. Verpflichtungen.

So Meltzl ²⁵⁹⁾.

Gegen diese Bezeichnung habe ich einzuwenden, daß man:

a) dafür kürzer Pflicht sagen kann;

b) unter einer Verpflichtung verstehen kann:

aa) die Auferlegung einer Pflicht;

bb) ein Verhalten.

So schon Walch ²⁶⁰⁾ und neuestens Eisler ²⁶¹⁾ und Binder ²⁶²⁾.

c) Eine Wertlage nur vom Standpunkte desjenigen, dem durch sie etwas auferlegt wird, eine Pflicht nennt.

Darauf hat schon Somló hingewiesen, indem er ²⁶³⁾ ausführt: „Jede Norm bedeutet . . . eine Belastung . . . Diese bezeichnet man . . . vom Gesichtspunkt des Belasteten als Pflicht.“ Ebenso neuestens Kornfeld, wenn er ²⁶⁴⁾ die Pflicht als „das Verhältnis, in welches der Adressat einer Norm durch diese gesetzt wird“, und Wenzel, wenn er ²⁶⁵⁾ sie als einen „Imperativ vom Standpunkte des Adressaten“ bestimmt.

18. Maßstäbe.

So Eisler, wenn er ²⁶⁶⁾ sie als „Normen“ und ²⁶⁷⁾ diese als Maßstäbe bestimmt.

Ein Maßstab braucht aber keine Wertlage zu sein.

19. Anordnungen.

So Spiegel ²⁶⁸⁾.

Unter einer Anordnung aber versteht man meiner Meinung nach gewöhnlich entweder einen Vorgang oder ein Symbol.

20. Gedanken.

So Wenzel, wenn er ²⁶⁹⁾ sie als „Gesetze“ und ²⁷⁰⁾ diese als Gedanken bestimmt.

Unter einem Gedanken aber versteht man:

a) Einen Vorgang.

²⁵⁷⁾ 99 304.

²⁵⁸⁾ 11 369.

²⁵⁹⁾ 15. 38.

²⁶⁰⁾ 1980.

²⁶¹⁾ 13 484.

²⁶²⁾ 731.

²⁶³⁾ 430.

²⁶⁴⁾ 118.

²⁶⁵⁾ 39.

²⁶⁶⁾ 13 541.

²⁶⁷⁾ 13 441.

²⁶⁸⁾ 39.

²⁶⁹⁾ 5.

²⁷⁰⁾ 32.

So offenbar schon von Wolff, wenn er ²⁷¹⁾ ihn als eine „Veränderung“, und neuestens Eisler, wenn er ²⁷²⁾ ihn als „Denkakt“, und Hamilton, wenn er ²⁷³⁾ ihn als eine „Tätigkeit“ bestimmt.

b) Einen Bewußtseinsinhalt.

So offenbar schon Krug, wenn er ²⁷⁴⁾ ihn als „Denkgebilde“, und neuestens Wittgenstein, wenn er ²⁷⁵⁾ ihn als ein „Bild“, und Rehmke, wenn er ²⁷⁶⁾ ihn als „das logisch Gedachte“ bestimmt.

21. Akte.

So Sander ²⁷⁷⁾.

Unter einem Akte aber versteht man einen Vorgang. So offenbar schon Eisler, wenn er ²⁷⁸⁾ ihn eine „Tätigkeit“ nennt, und neuestens ausdrücklich Clauberg-Dubislav ²⁷⁹⁾ und Jodl-Siegel ²⁸⁰⁾.

IV.

Die Sollenslage.

1. Unter einem Sollen versteht man eine Wertlage.

So z. B. schon Steudel, wenn er ²⁸¹⁾ es als ein „Verpflichtetsein“ und neuestens offenbar Eisler, wenn er ²⁸²⁾ es als „Forderung eines Wollens, die als spezifische, ursprüngliche Art der Notwendigkeit oder Bindung ins Bewußtsein tritt“, und Wolff, wenn er ²⁸³⁾ es als „Zusinnbarkeit oder Richtigkeit“ ²⁸⁴⁾ bestimmt.

2. Meiner Meinung nach spricht man im gemeinen Sprachgebrauch von einem Sollen nur, wenn die es bildende Wertlage auf eine zukünftige Wertungslage gerichtet ist. So schon Bolzano ²⁸⁵⁾ und neuestens offenbar Hölder, wenn er ²⁸⁶⁾ es als ein „Motiv“ und Kornfeld, wenn er ²⁸⁷⁾ es als „Vernunftpflicht“ bestimmt.

Einige Schriftsteller dagegen glauben, daß der gemeine Sprachgebrauch das nicht zum Begriffe des Sollens fordere. So offenbar schon Bon, wenn er ²⁸⁸⁾ gar behauptet, daß jedes „Gewünschtwerden“ ein Sollen sei, und ausdrücklich Wolff ²⁸⁹⁾. Letzterer stützt sich zum Beweise seiner Behauptung auf Sätze wie „Morgen soll schönes Wetter sein“ und „Mein Kopfschmerz soll aufhören“. Hierzu kann ich nur sagen, daß derartige Sätze meinem Sprachgefühl so sehr widersprechen, daß ich geneigt bin, sie den österreichischen Eigentümlichkeiten zuzuzählen, deren

²⁷¹⁾ 25 108.

²⁷²⁾ 10 389

²⁷³⁾ 25.

²⁷⁴⁾ 229.

²⁷⁵⁾ 204, 3.

²⁷⁶⁾ 364 2.

²⁷⁷⁾ 183.

²⁷⁸⁾ 13 15.

²⁷⁹⁾ 344.

²⁸⁰⁾ 145.

²⁸¹⁾ 273.

²⁸²⁾ 13 623.

²⁸³⁾ 24.

²⁸⁴⁾ Wolff sagt merkwürdigerweise:
Ausdruck einer Zusinnbarkeit
oder Richtigkeit.

²⁸⁵⁾ II 69.

²⁸⁶⁾ 324.

²⁸⁷⁾ 23.

²⁸⁸⁾ 132.

²⁸⁹⁾ 32.

mir mehr als eine bei Wolff aufgefallen ist. Mag dem aber sein, wie ihm wolle. Nicht nur wüßte ich mit dem Begriffe eines Sollens, das nicht auf eine zukünftige Wertungslage geht, nichts anzufangen, sondern ich müßte, auch wenn ich ihn bildete, für seine eine unabsehbare praktische Bedeutung aufweisende, auf eine Wertungslage gerichtete Unterart einen besonderen Namen erfinden. Da scheint es mir zweckmäßiger, den Begriff des Sollens, wie es mindestens auch einem starken Zuge des Sprachgebrauches entspricht, gleich auf die auf eine zukünftige Wertungslage gerichtete Wertlage zu beschränken.

3. Beim Begriffe des Sollens hat man ferner vorausgesetzt, daß es ist:

a) Jemandem bewußt.

So offenbar schon Ehrenfels, wenn er ²⁹⁰⁾ dazu fordert, daß es auf „ein präsumptives Handeln oder Unterlassen“ gerichtet ist, und neuestens Eltzbacher, wenn er ²⁹¹⁾ es als eine „Idee“ bestimmt, und Eisler, wenn er ²⁹²⁾ dazu fordert, daß es „von einem Willen“ ausgeht.

Schon andere aber haben beim Begriffe des Sollens nicht vorausgesetzt, daß es jemandem bewußt ist. So offenbar schon Ackenheil, wenn er ²⁹³⁾ vom Sollen sagt, es sei eine „psychische Tatsache erst dann, wenn es in das individuelle psychische Leben eingegangen ist“, und neuestens Meinong, wenn er ²⁹⁴⁾ es zu den „Präsentationsgegenständen“ rechnet, und Wolff an der unter Z. 1 angeführten Stelle. Nur letzterer Sprachgebrauch scheint mir dem des Lebens zu entsprechen. Auf alle Fälle aber mache ich ihn zu dem meinen; denn es ist von ganz nebensächlicher Bedeutung, ob eine auf eine Wertungslage gerichtete Wertlage jemandem gerade bewußt ist oder nicht, da ein derartiger Bewußtseinsinhalt jeden Augenblick auftreten und ebenso schnell wieder verschwinden kann.

b) Vom Standpunkte des Sollenden wertvoll.

So offenbar schon Goldscheid, wenn er ²⁹⁵⁾ es als eine „Willenskomponente“, und neuestens Hölder, wenn er ²⁹⁶⁾ es als ein „Motiv des eigenen Willens“, und Kornfeld, wenn er ²⁹⁷⁾ es als „Vernunftpflicht“ bestimmt.

Schon Eisler setzt das aber beim Begriffe des Sollens offenbar nicht voraus, wenn er ²⁹⁸⁾ es als „Ausdruck für das von einem Willen Geforderte“ definiert, und ebenso Wolff an der schon

²⁹⁰⁾ 195 f.

²⁹¹⁾ 27.

²⁹²⁾ 13 623.

²⁹³⁾ 6.

²⁹⁴⁾ 17 102.

²⁹⁵⁾ 87 f.

²⁹⁶⁾ 324.

²⁹⁷⁾ 23.

²⁹⁸⁾ 04 408, 10 1362.

mehrfach angeführten Stelle. Letzterer Sprachgebrauch bewahrt uns jedenfalls vor einer unnötigen Einschränkung des Begriffs des Sollens.

c) Entweder vom Standpunkt aller Vernunftwesen wertvoll oder vom Sollensgeber geäußert.

So offenbar Wolff, wenn er ²⁹⁹⁾ das Sollen als „Zusinnbarkeit oder Richtigkeit“ definiert, erklärt ³⁰⁰⁾: „was ein bestimmtes Verhalten bedeutet, ist zusinnbar“, und ³⁰¹⁾ den Begriff des Richtigen so bestimmt: „wie ein bestimmter Vorgang in der Außenwelt in gewissen Fällen eine Reflexbewegung in uns auslöst, so löst ein anderer, den wir wahrnehmen oder auch nur . . . vorstellen, nicht nur ein Gefallen oder Mißfallen in uns aus, sondern auch ein „Reflexurteil“ — dieses Gefallen ist richtig (bzw. unrichtig).“

Schon andere aber haben ausdrücklich erklärt, daß sie das beim Begriffe des Sollens nicht voraussetzen. So offenbar schon Bon, wenn er ³⁰²⁾ sagt, daß jedes „Angeratenbekommen“ und jedes „Gewünschtwerden“ ³⁰³⁾ ein Sollen sei, und Eisler in der unter der vorigen Ziffer angeführten Definition. Wolff behauptet zwar ³⁰⁴⁾ zur Stütze seiner Definition, daß man den Standpunkt eines Menschen nur aus seinem „Verhalten“ erschließen könne. Aber das ist offenbar unrichtig. Wolff betont zwar mit Recht, daß man diesen Standpunkt nur durch einen Analogieschluß erkennen kann. Aber dieser stützt sich nur in den seltensten Fällen auf das Verhalten.

4. Daher definiere ich das Sollen einfach als eine auf eine zukünftige Wertungslage gerichtete Wertlage. Da aber die Verwendung des Infinitivs Sollen als Substantiv keine Pluralbildung gestattet, möchte ich dafür die Bezeichnung Sollenslage vorschlagen. Damit sind auch zugleich diejenigen Bedenken abgeschnitten, welche etwa noch gegen die Richtigkeit meiner Begriffsbestimmung des Sollens zurückgeblieben sein sollten.

5. Nun können wir auch die Bestandteile der Rechtsordnung noch etwas näher bestimmen. Denn jeder, der darunter Wertlagen versteht, setzt dabei voraus, daß sie auf eine Wertungslage gerichtet sind. So offenbar schon Thomasius-Gerhard, wenn er ³⁰⁵⁾ das Recht als „Gesetz“ und ³⁰⁶⁾ dieses als „Befehl“ bestimmt. Denn beim Begriffe des Befehls setzt man allgemein voraus, daß er auf eine Wertungslage gerichtet ist. So z. B. neuestens Sander, wenn er ³⁰⁷⁾ dazu fordert, daß er auf eine

²⁹⁹⁾ 24.

³⁰⁰⁾ 10.

³⁰¹⁾ 16.

³⁰²⁾ 129

³⁰³⁾ 132.

³⁰⁴⁾ 8.

³⁰⁵⁾ I 1 § 27.

³⁰⁶⁾ I 1 § 28.

³⁰⁷⁾ 170.

„Handlung“ gerichtet ist. Ebenso setzen neuestens Eisler³⁰⁸⁾ und Grueber³⁰⁹⁾ beim Begriffe des Rechts ausdrücklich voraus, daß es auf ein „Verhalten“ geht. Dann folgt aber, daß alle Bestandteile der Rechtsordnung Sollenslagen sind.

V. Wer den Begriff der Sollenslage erst einmal erfaßt hat, kann nicht darüber im Zweifel sein, daß außer höchstens dem Begriffe des Anrechts und des Rechts keiner der von uns betrachteten Rechtsbegriffe mit dem, bei welchem damit eine Sollenslage oder ein Inbegriff solcher bezeichnet wird, an Bedeutung wetteifern kann. Das Rechte ist nun schon durch diesen Namen genügend bezeichnet, zumal man für „Dieses ist das Rechte“ sogar noch kürzer „Dieses ist recht“ sagen kann. Von den drei übrigen Begriffen möchte ich mich dagegen bei keinem des Vorteils, ihn durch ein so kurzes Wort wie das Wort Recht bezeichnen zu können, berauben, zumal in den meisten Fällen nicht zweifelhaft sein wird, welcher dieser Begriffe gemeint ist. Das stellt uns allerdings vor die Notwendigkeit, in Zweifelsfällen für diese Begriffe noch eine andere Bezeichnung bereitzustellen.

1. Was nun den Begriff des Anrechts betrifft, so bringt er eine solche von schwer zu überbietender Kürze und Klarheit schon mit.

2. Für Recht im Sinne einer Sollenslage möchte ich in Zweifelsfällen Rechtsnorm sagen. Viele freilich:

a) Gebrauchen dieses Wort in einer derjenigen Bedeutungen, die wir oben beim Begriffe des Rechts erörtert haben. So wahrscheinlich schon Pachmann, wenn er³¹⁰⁾ sie als „Regel“ und neuestens Anschütz, wenn er³¹¹⁾ sie als „Vorschrift“, und Wundt, wenn er³¹²⁾ sie als „Satz“ und³¹³⁾ diesen als „sprachlichen Ausdruck für die willkürliche Gliederung einer Gesamtvorstellung“ bestimmt. Da aber der eine dieses Wort in dieser, der andere in jener Bedeutung gebraucht und es bei den meisten sogar wahrscheinlich ist, daß sie eine Sollenslage damit bezeichnen wollen, steht einer Verwendung dieses Wortes in dieser Bedeutung nichts im Wege.

b) Gebrauchen dafür andere Ausdrücke. So Rechtssatz, Rechtsregel, Rechtsvorschrift oder Rechtsbefehl. Es ergibt sich aber aus unseren Erörterungen über die Begriffe Satz, Regel, Vorschrift und Befehl, daß alle diese Ausdrücke nicht nur eher noch vieldeutiger als das Wort Rechtsnorm sind, sondern vor allem auch, daß man am besten die Bezeichnung Rechtssatz für

³⁰⁸⁾ 18 544.
³⁰⁹⁾ 21.

³¹⁰⁾ 2.
³¹¹⁾ W 212.

³¹²⁾ 21 613.
³¹³⁾ 00 240.

ein Symbol einer Rechtsnorm, Rechtsregel für eine allgemeine Rechtsnorm und Rechtsvorschrift sowie Rechtsbefehl wegen ihres pleonastischen Charakters gar nicht verwendet.

3. Für Recht im Sinne des Inbegriffs aller Rechtsnormen derselben Rechtsmacht möchte ich Rechtsordnung sagen. Dieses Wort gebraucht offenbar schon v. Sarwey für den Inbegriff der Bestandteile der Rechtsordnung, da er ³¹⁴⁾ es mit dem Worte Recht gleichbedeutend gebraucht. Ebenso neuestens Wolff ³¹⁵⁾ und offenbar auch Darmstaedter, wenn er ³¹⁶⁾ sie als „soziale Ordnung . . . , wenn ihre Normen das Unterlassen und Unterbleiben der Selbsthilfe bestimmen“, bestimmt. Unter Benutzung dieses Sprachgebrauchs können wir sagen, daß die Rechtsordnung aus Sollenslagen besteht.

³¹⁴⁾ 11.

³¹⁵⁾ 162.

³¹⁶⁾ 60.

Beziehungen zwischen Rechts- und Wirtschaftstheorie.

Von

Dr. Josef Dobretsberger, Wien.

Recht und Wirtschaft stehen in einem so engen Zusammenhang, daß die einzelnen Wissenschaften, deren Gegenstand sie bilden, auf dieses Verhältnis Bezug nehmen müssen. Wirtschaftliche Erscheinungen haben auf die Rechtsschöpfung jederzeit bedeutenden Einfluß genommen. Eigentum, Miete, Pacht, Darlehen, Kaufvertrag, Institutionen, die wir schon in den einfacheren Wirtschaftsformen antreffen, finden sich in den kontemporären Rechtssystemen wieder. Auch das heutige Privatrecht enthält Begriffe, die es nicht autonom geschaffen, sondern aus dem gegenwärtigen Wirtschaftsleben übernommen hat. Mit fortschreitender Entwicklung der Wirtschaft erfährt die Rechtsbildung eine entsprechende Ausdehnung. Neben das heutige Handelsrecht, das zuerst den Organisationsformen der Verkehrswirtschaft sich anpaßte, tritt nunmehr auch ein Arbeitsrecht, „das den Niederschlag, das Ergebnis der sozialpolitischen Arbeit einer bestimmten Epoche bildet¹⁾“, und den Errungenschaften der

¹⁾ Kaskel, Arbeitsrecht, 1925, S. 3.

ehemals gegen das positive Recht gerichteten Machtorganisationen rechtliche Sanktion verleiht. Dem Koalitionsverbot steht heute ein weitgehender Zwang zur Organisation, dem System des freien Arbeitsvertrages der gesetzlich vorgesehene Kollektivvertrag gegenüber. Die deutsche Regierung legte einen Entwurf des Arbeitsgerichtsgesetzes vor, der eine Ausgliederung der Arbeitsgerichtsbarkeit aus der ordentlichen Justiz herbeiführt, so daß auch für das Prozeßrecht in diesem Falle wirtschaftliche Verhältnisse mitbestimmend sind.

Das Verhältnis von Recht und Wirtschaft ist aber kein einseitiges. Auf immer weitere Gebiete des Wirtschaftslebens dehnt sich die staatliche Intervention aus, die sozialpolitische Gesetzgebung sucht den Ausgleich der Gegensätze innerhalb der Volkswirtschaft herbeizuführen, handelspolitische Maßnahmen schützen die Wirtschaft vor fremder Einflußnahme. Während des Krieges legte der Staat der Wirtschaft ein allgemeines System der Preistaxen auf, durch das z. B. in Österreich der Wohnungsmarkt noch heute gebunden ist. Und gerade die Preise galten „erfahrungsgemäß als besonders unzugänglich für den Einfluß des Rechts²⁾“. Das Strafrecht greift in die Wirtschaft ein durch die Wucher- und Preistreibereigesetze, durch die Kridagesetze u. a. Die Behauptung einer einseitigen Beeinflussung der Wirtschaft durch das Recht oder des Rechts durch die Wirtschaft entspricht also nicht der Erfahrung.

Neben diesen Beziehungen hat die jüngste Entwicklung besonders in Deutschland eine dritte Art des Verhältnisses von Recht und Wirtschaft gezeigt, Recht und Wirtschaft als gegensätzliche Mächte. Schon der Arbeiterbewegung des 19. und 20. Jahrhunderts lag die Tendenz zur Erringung der Staatsmacht zugrunde. Ein ähnliches Bestreben geht heute von der durch die Demokratie teilweise entrechteten Unternehmerschaft aus. Landauer hat in dem Aufsatz über „die Wege zur Eroberung des demokratischen Staates durch die Wirtschaftsleiter³⁾“ darauf hingewiesen, daß in der Vertrustung der deutschen Wirtschaft sowie in den damit verbundenen Richtungen zu einem berufsständischen Föderalismus und zur Selbstverwaltung der Sozialpolitik das Bestreben des Unternehmertums zum Ausdruck kommt, die staatliche Macht wieder zurückzugewinnen oder aus der Wirtschaft auszuschalten⁴⁾. Der demokratische Staat suchte sich dagegen durch die Schaffung einer großen wirtschaftlichen

²⁾ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 384.

³⁾ Erinnerungsgabe T. M. Weber 1923. II. 115 ff.

⁴⁾ Ähnlich Kestner, *Der Organisationszwang* 1912.

Eigenmacht zu schützen, was durch die Sozialisierung bezweckt wurde ^{4a)}). Es liegt hier der komplizierte Fall vor, daß wirtschaftliche Mächte einen Kampf um die Gesetzgebungsgewalt führen, um mit Hilfe des Rechtszwanges die Wirtschaft in diesem oder jenem Interesse beeinflussen zu können: also eine eigentümliche Verknüpfung der oben erwähnten Arten des Verhältnisses von Recht und Wirtschaft, indem wirtschaftliche Verhältnisse auf das Verfassungsrecht Einfluß nehmen, die jeweiligen Inhaber der Staatsgewalt aber durch die Gesetzgebung auf die Wirtschaft einwirken.

Die kurz aufgezeigte enge Wechselbeziehung müßte für die Rechts- und Wirtschaftstheorie von grundlegender Bedeutung sein, da Recht und Wirtschaft in ihrer konkreten Gegebenheit die empirische Grundlage dieser Disziplinen bilden. Die Behandlung des Problems in der Rechts- und Wirtschaftstheorie zeigt jedoch, von wenigen Ausnahmen abgesehen, eine merkwürdige Einseitigkeit der Darstellung, wenn nicht infolge einer strengen Isolierung der beiden Disziplinen das Problem überhaupt unerörtert bleibt. In der wissenschaftlichen Darstellung der Beziehung von Recht und Wirtschaft machen sich häufig politische Richtungen geltend, die eine Gebundenheit bzw. Freiheit der Wirtschaft vom Recht intendieren und dadurch diesen einseitigen Charakter in die Darstellung hineinragen. Dies brachte schon Voigt zum Ausdruck: „Die Frage, ob das Recht oder die Wirtschaft das primäre sei, hätte sicher nicht so viele Kontroversen verursacht, wenn sie nicht mit wirtschaftspolitischen Fragen verknüpft worden wäre ⁵⁾“.

Von seiten der positivistischen Rechtstheorie wird das Verhältnis von Recht und Wirtschaft entweder völlig übergangen, als belanglos für die Konstituierung des Rechtsbegriffes, oder es wird dahin einseitig dargestellt, daß man das Recht als regelnden Faktor der Wirtschaft bezeichnet, der in seiner Konstituierung selbständig, die Grundbedingung der Wirtschaft bildet. Die Einflußnahme der Wirtschaft auf die Rechtsbildung würde an die Voraussetzungen des Positivismus rütteln, daß das Wesen des Rechts in seiner Gesetzmäßigkeit liegt, und die Konstitutionsprobleme, die auf meta-rechtliches Gebiet führen, für die Rechtswissenschaft belanglos sind. Den ersten ⁶⁾ Versuch einer umfassenden Erklärung des Verhältnisses von Recht und Wirtschaft von seiten der Rechtswissenschaft hat Stammler gegeben. In Überschätzung der seit

^{4a)} Vgl. Art. 156 der Weimarer Verf.

⁵⁾ Voigt, Wirtschaft und Recht, Zeitschr. für Soz. Wiss. N. F. II (1911 S. 440).

⁶⁾ Vgl. schon Arnold, Kultur u. Recht, 1865, S. 94.

der Jahrhundertwende wieder ansteigenden rechtlichen Bindung der Wirtschaft sowie in dem Bestreben, das Recht als „selbstherrlich“ und daher von höherer Geltung als die sozialen Normen darzustellen, kommt Stammler zu dem Ergebnis, daß „das Recht als Form des sozialen Daseins in gänzlicher Abstraktion von dem geregelten Stoff untersucht werden kann, daß aber bei der Sozialwirtschaft dieses nicht in entsprechender Weise möglich ist. Bei allen ökonomischen Untersuchungen liegt unvermeidlich eine bestimmte rechtliche oder konventionelle Regelung in dem Sinn zugrunde, daß diese konkrete rechtliche Normierung die logische Bedingung des betreffenden ökonomischen Begriffes oder Lehrsatzes ist, und in demselben Augenblick, da man diese bestimmte, jeweils notgedrungen vorausgesetzte Regelung in Gedanken entfernt, der erwähnte nationalökonomische Begriff oder Lehrsatz in sich zusammenfällt⁷⁾“. Ähnlich sagt Berolzheimer: „Das Wirtschaftsleben ist nicht, wie die gesellschaftliche Auffassung implizite annimmt, etwas für sich Reales, es gewinnt Realität nur durch das formale Band des Rechts, mithin des Staates und durch den Staat. Staat und Wirtschaft sind, wie namentlich Stammler dargetan hat, eins von verschiedenen Seiten aus betrachtet⁸⁾“. Selbst Jhering, der den Konstitutionsproblemen des Rechts einigen Raum gegeben hat, behandelt die Erscheinungen des Lohnes, Kredites ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des positiven Rechts, das uns über die sozialwirtschaftlichen Erscheinungen Aufschluß geben soll⁹⁾. Die Einseitigkeit der Rechtstheorie dem Problem Recht und Wirtschaft gegenüber läßt sich z. T. aus dem Gegensatz zu jenen Theorien erklären, die den Staat als Machtorganisation der besitzenden Klassen, das Recht also rein wirtschaftlich bestimmt, erklärt haben¹⁰⁾.

Auch die an Kant orientierte Rechtsphilosophie der letzten Jahrzehnte, die sich vielfach an Stammler anschließt, sucht den Staat und das Recht immanent, aus dem Begriff des Rechts selbst zu begründen, wie Kant analog die Möglichkeit der Erkenntnis aus den Erkenntnisprinzipien erweisen wollte. Bei diesen Autoren findet das Problem von Recht und Wirtschaft, wenn überhaupt, so eine einseitige Erörterung im Sinne des Rechtspositivismus. In der neuesten Rechtsphilosophie, die z. T. an der Phänomenologie orientiert ist, trat eine Wendung ein. Reinach hat als erster auf die gegenständlichen Voraussetzungen des

⁷⁾ Stammler, *Wirtschaft und Recht*, S. 177.

⁸⁾ Berolzheimer, *System der Rechts- und Wirtschaftsphilos.* III. 154.

⁹⁾ Jhering, *Der Zweck im Recht* (6. Aufl.) I, S. 128.

¹⁰⁾ Vgl. die Zusammenstellung dieser Lehren bei Barnes, *The history and Prospects of the social sciences*, New York 1925, S. 457.

positiven Rechts hingewiesen, über die sich keine Gesetzgebung hinwegsetzen kann. Das Recht „erzeugt seine Begriffe mit nichten, es findet sie vor¹¹⁾“. Die Analyse der von Reinach aufgezeigten vorrechtlichen Sachverhalte, die für das positive Recht konstituierend sind, ergibt auch eine Anzahl wirtschaftlicher Erscheinungen, wie das „Schaffen“ als Bedingung des Eigentums, so daß in dieser Richtung der Rechtstheorie die Möglichkeit liegt, das Verhältnis von Wirtschaft und Recht einer der Erfahrung entsprechenden Darstellung zuzuführen, wenngleich die Ausbildung dieser Methode noch der Zukunft vorbehalten ist.

Ganz anders gestaltete sich die wissenschaftliche Behandlung des Problems von Recht und Wirtschaft in der Nationalökonomie. Seit Quesnay läßt sich der verschieden durchgeführte Versuch verfolgen, die Wirtschaft gerade von dem entgegengesetzten Gesichtspunkt als einen Bereich besonderer Gesetzmäßigkeit darzustellen, der sich analog den Naturgesetzen der menschlichen, also in erster Linie der rechtlichen Einflußnahme entzieht. Das Recht kann nach dieser Konstruktion nur eine Bekräftigung der Wirtschaftsgesetze beinhalten, wo es von ihnen abweicht (z. B. durch Preistaxen), scheitert es an der Möglichkeit seiner Durchführung. Im Zentrum dieser Wirtschaftsbetrachtung steht das Verteilungsproblem, wirtschaftspolitisch das umstrittenste, für das man aus der Natur der Wirtschaft eine eindeutige Lösung zu finden glaubte¹²⁾. Quesnay suchte im *tableau économique* ein allgemeingültiges Zurechnungsgesetz zu geben, das sich jedoch bald als erfahrungswidrig erweisen mußte. Denn seiner Theorie lagen die wirtschaftlichen Verhältnisse seiner Zeit zugrunde: die französische Landwirtschaft des 17. und 18. Jahrhunderts war tatsächlich die alleinige Trägerin der immer anwachsenden Steuern^{12a)}, der Hof verwendete diese Einnahmen und beschäftigte damit eine Anzahl Gewerbetreibender, die Quesnay deshalb, weil sie auf diesem Umweg das Erträgnis der Landwirtschaft in andere Gebrauchswaren umformen, als „*classe sterile*“ bezeichnete. Von diesen historisch gewordenen wirtschaftlichen Verhältnissen, deren Voraussetzung zum Großteil verfassungsrechtliche und finanzrechtliche Bestimmungen waren, abstrahiert Quesnay alles Historische, wie die Gesetzgebung, und hebt die übrigbleibenden tatsächlichen Vorgänge in ihrer Isoliertheit als wesentliches Grundschema der Wirtschaft überhaupt heraus, um daran die Kausalgesetze der Verteilung des Produktionsertrages fest-

¹¹⁾ Reinach, Die apriorischen Grundlagen des bürgerl. Rechtes, S. 5.

¹²⁾ Vgl. Mohrmann, Dogmengeschichte der Zurechnungstheorien 1914.

^{12a)} Vgl. Sieveking, Grundzüge der neueren Wirtschaftsgeschichte.

zustellen. Hierdurch finden nur die tatsächlichen rechtlichen Bestimmungen über die Verteilung, indem sie als natürlich hingestellt werden, eine Rechtfertigung. A. Smith konnte aus dem Vergleich mit der englischen Wirtschaft, da er die historisch-deskriptive Methode in weiterem Umfang zur Anwendung brachte, auf die Einseitigkeit des physiokratischen Systems hinweisen.

Die Methode Quesnays fand bei Ricardo auf eine andere empirische Grundlage, die englische Wirtschaft zu Beginn des 19. Jahrhunderts, Anwendung. Hauptaufgabe der Volkswirtschaftslehre ist ebenfalls „die Untersuchung der Gesetze, welche die Teilung des Ertrages der Arbeit unter die Klassen bestimmen, welche bei dieser Arbeit mitgewirkt haben¹³⁾“. Der Preis der Arbeit ist durch die Ersatzkosten bestimmt, die Grundrente ergibt sich aus den erzielten Preisen, der Kapitalprofit, eine Restgröße, wie bei Wiesers spezifischer Zurechnung, ist umgekehrt proportional dem Arbeitslohn, da die Summe von Lohn und Profit nach dem Kostenpreisgesetz eine Konstante sein muß. Die Einseitigkeit der Ricardoschen Zurechnungslehre liegt darin, daß das Prinzip der Aufteilung nach den Ersatzkosten für den bevorzugten Produktionsfaktor, das Kapital, nicht zur Anwendung gebracht wird, während für die Arbeit das später so benannte eherne Lohngesetz gelten soll. Für die sozialen und rechtlichen Verhältnisse in England zu Beginn des 19. Jahrhunderts, die Ricardo als empirische Grundlage seiner Theorie gedient haben, war dies gewiß zutreffend. Jedoch liegt hier nicht, wie Ricardo meinte, ein unabänderliches Wesensgesetz der Wirtschaft vor, sondern diese Aufteilungsart ergab sich bloß aus den sozialen Machtverhältnissen und der damaligen rechtlichen Regelung. (Freier Arbeitsvertrag.) Die fernere Entwicklung der Wirtschaft hat gezeigt, daß auch für die Arbeit eine Entlohnung nach der Produktivität möglich ist. Wir sehen, daß also auch Ricardo, ähnlich wie Quesnay, sozial-rechtliche Institutionen einer bestimmten Epoche als notwendige, unangreifbare Gesetze der Wirtschaft an sich hinstellte, um sie in ihrem Bestande zu sichern. Noch deutlicher tritt diese Tendenz in der Forderung nach freier Konkurrenz auf, indem diese als das Prinzip des größten erreichbaren Nutzens hingestellt wird. So besonders in dem „Essay on the influence of low price of corn on the profits of stock, shewing the inexpediency of restrictions of importation¹⁴⁾“, worin der Freihandel damit begründet wird, daß eine Verbilligung der Er-

¹³⁾ Ricardo, Letters of R. to Th. Malthus, Bonar 1887, S. 175.

¹⁴⁾ Culloch, The works of Ricardo, 1871, S. 367.

haltungskosten der Arbeit eine Erhöhung der Profitquote bei gleichem Reallohn zuläßt, während dieser unter keinen Umständen erhöht werden könnte.

Ricardos Lehre von der Tendenz der Preise nach den niedrigsten Kosten war in einer Zeit, wo der ungeheure technische Fortschritt eine korrespondierende Verbilligung der Produktion zuließ, zutreffend, solange die billigen Produktionsarten jenes Ausmaß erreichen konnten, bei dem der Bedarf die teureren Erzeugnisse nicht in Anspruch nehmen mußte. Sind jedoch diese Möglichkeiten technisch oder durch die Bindung des Kapitals erschöpft, so treten die eben noch rentablen Grenzkosten, die der Bedarf noch in Anspruch nimmt, also die relativ höchsten Kosten als preisbestimmend auf, wie Ricardo schon für die Landwirtschaft feststellte. Als die Entwicklung der Wirtschaft diese Stagnation aufwies, hob auch die Theorie dieses Moment allerdings wiederum verallgemeinert hervor, so daß das Grenznutzenprinzip als Grundgesetz jeder Wirtschaftsform angesehen wurde. Menger konnte der klassischen Schule in Anbetracht der wirtschaftlichen Verhältnisse in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vorwerfen, daß ihre Ergebnisse, an der Empirie gemessen, Lücken aufweisen¹⁵⁾. Ebenso hielt ihr Wieser entgegen, ihre Grundannahmen seien nicht aus zutreffender Beobachtung abgeleitet¹⁶⁾. Der Grund hierfür liegt in der Verschiedenheit des Beobachtungsmaterials, das sich im Laufe des Jahrhunderts veränderte. Wenn Menger für die Sätze der Grenznutzenlehre Allgemeingültigkeit postulierte, so zog er eben jene Verallgemeinerungen aus der Beobachtung einer Entwicklungsepoche der Wirtschaft wie Quesnay und Ricardo, während den Sätzen der aus der Erfahrung abstrahierten Theorie doch bloß relativ-historische Gültigkeit zukommt. Die Grenznutzentheorie stellt eine Theorie der Volkswirtschaft zum Ausgang des 19. Jahrhunderts dar. Die Ertragszurechnung nach dem Grenznutzenprinzip ist die Darstellung der tatsächlichen Verteilung des Produktionsertrages, die aber ihrerseits von sozialen und rechtlichen Verhältnissen mitbestimmt war. Deutlich zeigt Wiesers Theorie der Preisschichtung in Massenwerte, Mittelwerte und Luxuswerte¹⁷⁾ die rechtliche, konventionelle und soziale, neben der rein ökonomischen, Bedingtheit der empirischen Wirtschaft, worauf schon J. St. Mill hingewiesen hat¹⁸⁾. Die Beziehung des

¹⁵⁾ Menger, Grundsätze der Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., Vorwort.

¹⁶⁾ Wieser, Theorie der ges. Wirtschaft, S. 11, 2. Aufl.

¹⁷⁾ A. a. O. S. 134.

¹⁸⁾ Mill, Grundsätze, deutsch 1913, I. S. 26.

Rechts zur Wirtschaft wird aber von der österreichischen Schule nur unter Wahrung der Eigengesetzlichkeit der Wirtschaft zu-gegeben. „Auch das gebieterischste Gesetz der Macht kann nicht gegen, sondern nur innerhalb der ökonomischen Wert-, Preis- und Verteilungsgesetze wirken. Eine dauernde Erhöhung der Arbeitslöhne wäre demnach durch monopolistische Organisationen nur dann zu erreichen, wenn sie aus den wirtschaftlichen Verhältnissen möglich wäre, sei es, daß technische Erfindungen die Produktion verbilligen oder das Angebot und Nachfrageverhältnis sich verschiebt¹⁹⁾.“ Das Recht könnte also höchstens eine Sanktion der Wirtschaftsgesetze bieten, niemals aber gegen die Verteilungsgesetze wirken. Diese Verteilungsgesetze aber, haben wir gesehen, können ebenso als Verallgemeinerungen konventioneller oder rechtlicher Institutionen angesehen werden, die sich in der Entwicklung ändern, als eine Umdeutung dieser Regeln in Naturgesetze, mit dem Anspruch auf Allgemeingültigkeit. Es hat diese Art der Abstraktion große Ähnlichkeit mit den Naturrechtstheorien bezüglich politischer Zustände. Seit Hobbes suchte die Naturrechtslehre nach außerrechtlichen Zusammenhängen, die sich dem Einfluß des positiven Rechts entziehen. Wenn sich also das positive Recht ändern sollte, darf an diese metarechtliche Sphäre nicht gerüttelt werden. Das Naturrecht dient hier der Erhaltung eines Rechtszustandes, den es durch Verleihung einer höheren Geltung sichert. Das Naturrecht hat aber noch eine zweite Seite. Wenn sein Inhalt mit dem des positiven Rechts nicht harmoniert, kann man aus eben dieser höheren Geltung ein Recht der Revolution, also gerade das Gegenteil, ableiten. Dieselbe Doppelseitigkeit wie die Staatslehre weist auch die Wirtschaftstheorie auf. Solange man die gegebene Wirtschaft zum Ausgangspunkt der Abstraktion macht, hat die Verallgemeinerung der Institutionen die Tendenz zur Erhaltung des gegebenen Wirtschaftszustandes. Schieben sich aber in das Beobachtungsmaterial, wie dies in der sozialistischen Wirtschaftstheorie geschah, wirkliche oder vermeintliche Entwicklungstendenzen der Wirtschaft ein, so trägt die Theorie die Tendenz zur Wirtschaftsrevolution in sich, da eben diese zukünftigen Tendenzen als Naturgesetze der Wirtschaft hingestellt werden. Die Wirtschaftstheorie zeigt hier das eigentümliche Doppelgesicht des Naturrechts: Die Alleinproduktivität der Arbeit, die bei Ricardo zu einer Rechtfertigung des Kapitalprofites führt, begründet bei Marx das Recht auf den

¹⁹⁾ Böhm - Bawerk, Macht oder ökonomisches Gesetz? Ges. Schriften, 1925, S. 295.

vollen Arbeitsertrag als notwendiges Wirtschaftsgesetz. In der Möglichkeit so verschiedener Interpretationen der Wirtschaft, die unter dem Deckmantel von Kausalgesetzen wirtschaftspolitische Forderungen begründen, dürfte auch die Ursache der oft erwähnten Differenzen der Lehrmeinungen selbst bei den einfachsten Problemen der Wirtschaftstheorie liegen. Typisch für die naturrechtliche Konstruktion der abstrahierenden Theorie der Wirtschaft, für die Tendenz, konventionelle Institutionen als naturnotwendige Kausalgesetze hinzustellen, ist das Bestreben, die Wirtschaftstheorie eher der Naturwissenschaft anzuschließen, als mit der Rechtswissenschaft, mit der sie die enge Beziehung des Gegenstandes verbindet, in Berührung zu bringen. Während sich bei Mill Andeutungen finden, die die Wirtschaftsgesetze als Naturgesetze darstellen, weist Menger des öfteren ausdrücklich auf die Identität der Methode der Physik und Wirtschaftslehre hin: „Wir waren bemüht, zu untersuchen, wie sich die komplizierten Phänomene der Wirtschaft aus den einfachsten Elementen gesetzmäßig entwickeln. Es ist dies jene Methode, die in den Naturwissenschaften zur Geltung gelangt, zu so großen Ergebnissen geführt hat und daher auch in mißverständlicher Weise die naturwissenschaftliche genannt wurde, während sie doch allen Erfahrungswissenschaften gemeinsam ist und richtiger die exakte genannt werden könnte²⁰⁾.“ Ähnlich Marx, Cairnes, Marshall, Seligman u. a. Der Gedanke einer Nationalökonomie nach Art der Naturwissenschaften, der analog auch in die Soziologie und Staatslehre aus ähnlichen Motiven Eingang gefunden hat²¹⁾, hält die Theorie lange in Scheinproblemen gefangen, trotzdem allgemein zugegeben wird, daß es sich nicht um völlige Identität der Gesetzmäßigkeiten, sondern nur um Ähnlichkeiten handeln könne. So sagt Neumann, daß man bezüglich der Wirtschaftsgesetze eher von Regelmäßigkeiten sprechen könnte²²⁾. Ähnlich spricht Cairnes von „tendency“ im Gegensatz zu „law“²³⁾. Deutlich bringt dies auch Palgrave zum Ausdruck: „Economical laws are rather expressions of tendencies than actual predictions of cause and effect²⁴⁾.“ Ähnlich Böhm-Bawerk, Macht oder ökonomisches Gesetz, ges. Schriften S. 230. Der tiefere Sinn dieser „Naturwirtschaftslehren“ liegt darin, daß man die Wirtschaft als eigengesetzlichen Bereich erweist, dessen Zusammen-

²⁰⁾ Menger, Grundsätze, S. XX, Untersuchungen, S. 37, 41.

²¹⁾ Vgl. Kelsen, Der soziol. u. jurist. Staatsbegriff.

²²⁾ Wirtschaftsgesetz u. Naturgesetz, Ztschr. f. ges. Staatsw. 1892, S. 21.

²³⁾ The character and logical Method of political economy, S. 118.

²⁴⁾ Diction, II, S. 58.

hänge notwendige, allgemeingültige Funktionen darstellen, so daß jeder revolutionäre Einfluß des Rechts auf die gegebenen — zu Naturgesetzen hypostasierten wirtschaftlichen rechtlichen und konventionellen — Institutionen ausgeschlossen erscheint. Dem Recht räumt man wohl als Sicherung wirtschaftlicher Einrichtungen einen Platz ein, als gegensätzlichen, bestimmenden Faktor aber sucht man es abzulehnen. Von diesem Gesichtspunkt sind die Versuche aus der jüngsten österreichischen Schule interessant, die das Eigentumsrecht, die Verfügungsgewalt, die rechtlichen Grundsätze der Privatwirtschaft als eine rein wirtschaftliche Grundkategorie bezeichnen, das Eigentumsrecht damit eigentlich zur Bedingung der Wirtschaft machen²⁵⁾, einen direkten rechtlichen Einfluß anderer Richtung gegen die Gesetze der Wirtschaft aber, z. B. auf die Verteilung des Produktionsertrages aus der Eigengesetzmäßigkeit der Wirtschaft heraus ablehnen würden. Ähnlich schon Menger, Grundsätze S. 79.

Es zeigte sich im Verlauf der wirtschaftlichen Entwicklung, daß auch bei völliger Ausschaltung des Rechts aus der Wirtschaft eine gesellschaftliche Bindung zurückbleibt, worauf Wieser besonders, und später auch Spann hingewiesen haben²⁶⁾. Die Entwicklung der Wirtschaft seit dem Ende des 19. Jahrhunderts, die trotz der Befreiung von rechtlichem Zwang zu einer allgemeinen Bindung des Arbeitsmarktes, des Kapitalmarktes, zu einer Organisation des Konsums führte, wobei z. T. diese Bindung schon rechtliche Formen angenommen hat, läßt heute schon erkennen, daß auch die von der Grenznutzenschule gefundenen Gesetze bloß relativ-historische Gültigkeit besitzen, eben nur für die empirische Grundlage derjenigen Wirtschaftsform, aus der sie durch Abstraktion und Isolierung der Erscheinungen gefunden wurden. Die Kriegswirtschaft hat uns die Möglichkeit eines Systems allgemeiner Preistaxen auch in der heutigen Wirtschaft vor Augen geführt, auf das die Preisgesetze der Grenznutzenlehre, die unter der Annahme der freien Wirtschaft gelten, nicht zutreffen²⁷⁾. Durch die Organisation der Arbeit ist eine Erhöhung des Reallohnes möglich geworden, der keine Steigerung der Produktivität der Arbeit zur Seite ging. Die Verteilungsgesetze der Grenznutzentheorie werden durch diese rechtlichen Maßnahmen in ihrer Anwendbarkeit eingeschränkt. Die Ertrags-

²⁵⁾ Strigl, Die ökonomischen Kategorien und die Organisation der Wirtschaft, 1923. Ähnlich Ammon.

²⁶⁾ Wieser, Theorie der ges. Wirtsch., S. 289.

²⁷⁾ Briefs, Kriegswirtschaftslehre und Kriegswirtschaftspolitik, Art. im HWB. der Staatswiss., 4. Aufl., Bd. V, S. 1005ff.

zurechnung erfolgt durch den Kollektivvertrag nicht mehr nach der Grenzproduktivität, sondern nach dem Ergebnis der Machtverhältnisse, die spezifische Zurechnung des Kapitals ist durch sozialpolitische Maßnahmen eingeschränkt und könnte durch ein System der Gewinnbeteiligung der Arbeitnehmer ganz beseitigt werden. Es zeigt sich hier, wie sehr die sogenannten Gesetze der Wirtschaft an rechtliche und konventionelle Faktoren gebunden sind. Schon 1897 erkannte Edgeworth die Bedeutung der Entwicklungstendenzen der Wirtschaft für die Theorie, wie seine Monopoltheorie zeigt^{27a)}). In der sozialrechtlichen Abhängigkeit der Wirtschaft und in der daraus folgenden Relativität jeder Theorie dürfte auch der Grund für das auffallende Zurücktreten der Grenznutzenlehre zu suchen sein. Allerdings gelten viele ihrer Sätze, soweit in der Preisbildung heute noch das System des freien Vertrages herrscht, unvermindert weiter. Jedoch führt die langsame Wandlung der empirischen Grundlagen, aus denen die Theorie abstrahiert ist, zu einer Krise der heutigen Volkswirtschaftslehre, indem einzelne Sätze ihre Anwendbarkeit verlieren.

Die historische Wandelbarkeit der empirischen Grundlagen und die Relativität der Theorie wurde vielfach hervorgehoben. Die historisch deskriptive Richtung der Nationalökonomie hat in der Zeit der Blüte der abstrakten Forschung stets auf die relativen Momente der Wirtschaftslehre hingewiesen. Die historische Schule hat sich im Methodenstreit gegen die naturwirtschaftliche Konstruktion der abstrahierenden Methode gewendet^{27b)}), und die heutige Sozialpolitik, die damals in den Anfängen steckte und bei den Theoretikern unter dem Gesichtspunkt exakter Gesetze vielfach Ablehnung fand^{27c)}), angebahnt, indem sie zeigte, daß das Recht auch gegen die sogenannte Gesetzmäßigkeit der Wirtschaft auf ihre konkrete Gestaltung Einfluß nehmen kann. Schmoller weist des öfteren auf die rechtliche Fundiertheit der Wirtschaft hin: „So bestimmt die wirtschaftlichen Erscheinungen auf etwaige Umbildungen des sozialen Rahmens, z. B. eine neue Technik auch auf eine neue sittliche und gesellschaftliche Ordnung der Wirtschaft, wirken, so wirken ebenso sicher die allgemein gefestigten Gedanken und Ideale der Sittlichkeit auf die Art, wie sich die neue Technik zu Gewohnheit und

^{27a)} Edgeworth, *Giornale degli Economisti*, 1897.

^{27b)} Vgl. Eberstatt, *Naturrechtl. u. realistische Betrachtungsweise in den Staatswissenschaften*, Schmollers Jb. 1903, Bd. 27, S. 863.

^{27c)} Zwiedenek weist darauf hin, daß diese Auffassung auch von Marx und den Sozialisten vertreten wurde. (Macht od. ökon. Gesetz? Schmollers Jb., Bd. 49, S. 276).

Instituten ausprägt²⁸⁾." Elster bezeichnet das Recht als technische Regelung der Wirtschaft²⁹⁾. Ebenso Laveleye^{29a)}. Jedoch liegt es im Wesen der historischen Methode, daß sie der theoretisch-exakten Richtung keine theoretisch fundierte Lehre entgegenstellte, die die Wechselbeziehungen zwischen Recht und Wirtschaft aus dem Wesen dieser Gegenstände erklären könnte^{29b)}. Die sozial-ethische Richtung der Nationalökonomie, die dies versuchte, kommt aber, auf die Betonung des Rechts einseitig aufbauend, zur Leugnung eines Dualismus der Gegenstände überhaupt: „Daß die Materien, die den Juristen und den Nationalökonomien beschäftigen, im Grunde genommen dieselben sind, lehrt schon ein Blick in die Gesetzbücher. Ein Unterschied besteht nur in der juristischen und ökonomischen Betrachtung einer Materie. Was den Juristen interessiert, ist das formale Element in den gesellschaftlichen Vorgängen; der Nationalökonom hingegen achtet auf die innerhalb dieser Normen sich abspielende Ausgestaltung des rechtlich geordneten sozialen Lebens. Alle nationalökonomischen Begriffe sind daher nur unter der Voraussetzung einer bestimmten Rechtsordnung verständlich³⁰⁾." Gegenüber Schmoller erklärt Stolzmann, daß man mit dem Zugeständnis nicht auskomme, daß neben den natürlichen wirtschaftlichen Momenten auch soziale Faktoren ex professo den Gegenstand unserer Disziplin zu bilden haben; es kommt nicht auf den Gegenstand, sondern auf die Methode, auf die Prinzipien an, die die Volkswirtschaft aufbauen³¹⁾. Diese sind nach Stolzmann ausschließlich die rechtlichen und sozialen Verhältnisse, die häufig als Machtfaktoren auftreten. Auch in der neuesten amerikanischen Literatur zeigt sich eine ähnliche Tendenz, die eine grundsätzliche Abkehr von dem Dogma der Eigengesetzlichkeit der Wirtschaft bedeutet. "The generation that is rising will accept as scientific only those theorists who make the cumulative change of institutions their chief concern^{31a)}." "And so it seems, that the behavioristic viewpoint will make economical theory more and more a study of economical

²⁸⁾ Schmoller, Grundriß der allgem. Volkswirtschaftslehre, I, S. 61.

²⁹⁾ Elster, Zeitschr. f. Sozialwissenschaft, 1916, S. 218.

^{29a)} Elements d'économie polit. 1882 l'économie politique et le droit se pénètrent. S. 17.

^{29b)} Kaulla, Das Verhältnis der Volkswirtschaftslehre zur Rechtswissenschaft u. Politik 1919.

³⁰⁾ Diehl, Theoretische Nationalökonomie, I, S. 36.

³¹⁾ Stolzmann, Der Zweck in der Volkswirtschaft, 1909, S. 57.

^{31a)} Mitchel, The prospects of economics (The trend of economics ed. by Tugwell 1924), S. 24.

institutions^{31b)}“. Wir haben schon bei Stammeler darauf hingewiesen, daß diese einseitige Auffassung des Verhältnisses von Recht und Wirtschaft ebensowenig wie die „naturwirtschaftliche“ Konstruktion der abstrakten Methode eine der Erfahrung entsprechende Darstellung des Verhältnisses der beiden Gegenstände geben kann. Ein Versuch dieser muß von der Gesellschaftslehre her unternommen werden, die die Gegenstände der Sozialwissenschaften bestimmt und in ihrem Verhältnis zueinander eingliedert. In erster Linie ist es Max Weber, der — den Boden der empirischen Erfahrung wahrend — durch die Einfügung der Wirtschaft in die Soziologie den neuesten Entwicklungstendenzen der Wirtschaft Rechnung trägt. Gegenstand der Sozialwissenschaften sind nicht die wahrnehmbaren Vorgänge des Rechts- und Wirtschaftslebens als solche, also nicht menschliche Handlungen isoliert betrachtet, sondern der Sinnzusammenhang, in dem sie gesetzt werden³²⁾. Daher ist auch der Dualismus der Gegenstände Wirtschaft und Recht gewahrt, da dieselben Handlungen unter verschiedenen Sinnzusammenhängen betrachtet, heterogene Gegenstände bilden. „Es liegt auf der Hand, daß die rechtsdogmatische und sozialökonomische Betrachtungsweise sich gänzlich heterogene Probleme stellt und ihre Objekte unmittelbar gar nicht in Berührung miteinander treten können. Wenn nun trotzdem Wirtschaft und Rechtsordnung in höchst intimen Beziehungen zueinander stehen, so ist eben diese letztere dabei nicht in juristischem, sondern in soziologischem Sinn zu verstehen: als empirische Geltung. Der Sinn des Wortes Rechtsordnung ändert sich dann völlig, sie bedeutet dann nicht einen Kosmos logisch erschließbarer Normen, sondern einen Komplex von faktischen Bestimmungsgründen realen menschlichen Handelns“³³⁾. In diesen Ausführungen scheint die erkenntniskritische Einstellung durch, daß Gegenstände nicht gegeben, sondern von logischen Gesichtspunkten her gebildet werden. Hierdurch ist eine strenge Abgrenzung der Gegenstände der Einzeldisziplinen, Recht und Wirtschaft, theoretisch gesichert. Die engen Beziehungen aber zwischen konkretem Recht und konkreter Wirtschaft fallen als rein empirische Gegebenheiten außerhalb des Bereiches der theoretischen Forschung, außerhalb des theoretischen Gesichtspunktes des Sinnzusammenhanges, der den Gegenstand der Sozialwissenschaften konstituiert.

^{31b)} S. 27.

³²⁾ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 1.

³³⁾ A. a. O. S. 368.

Soweit sich also die Wirtschaftsbetrachtung den Problemen des Anwendungsbereiches zuwendet, findet sie ein weitgehendes Verhältnis zwischen Recht und Wirtschaft vor. In der theoretischen Forschung jedoch ist die Reinheit des Gegenstandes gesichert. Diese durchaus erkenntniskritische Lösung, die sowohl den Forderungen nach Freiheit der Wirtschaft vom Recht als auch den sozialrechtlichen Tendenzen Rechnung trägt, kann jedoch nicht genügen, da die Abstraktion der theoretischen Forschung bei der Konstitution des wissenschaftlichen Gegenstandes nicht so weit gehen darf, daß wesentliche Momente wie die rechtliche Gebundenheit der Wirtschaft sowie die wirtschaftlichen Grenzen des Rechts ausgeschaltet werden.

Eine konkretere Behandlung des Verhältnisses von Recht und Wirtschaft finden wir bei Spanns Versuch, einen Stufenbau der Sozialwissenschaften aus der allgemeinen Gesellschaftslehre zu begründen³⁴⁾. Bedeutsam ist die Feststellung, daß sich die Methoden der einzelnen Disziplinen aus der Methode der Gesellschaftslehre überhaupt ergeben. Der Hinweis auf eine weitgehende Methodenidentität zwischen Rechts- und Wirtschaftstheorie enthebt die Wirtschaftswissenschaft den Scheinproblemen, in die sie durch die naturwissenschaftlich-kausalen Analogien gedrängt worden ist³⁵⁾. Wenn jedoch im folgenden die Wirtschaft als Disponieren der Mittel für Zwecke, das Recht jedoch als selbständiger Teilzweck bezeichnet wird, ergibt dies eine Unterordnung der Wirtschaft unter das Recht, die wir in der Erfahrung nicht ausschließlich antreffen^{35a)}.

Wie in der Rechtstheorie von seiten der phänomenologischen Philosophie eine theoretische Fundierung des Wechselverhältnisses von Recht und Wirtschaft auf empirischer Grundlage angebahnt wurde, erhielt auch in der Wirtschaftstheorie das Problem unter dem Gesichtspunkt dieser Erkenntnislehre eine neue Beleuchtung. Eine Analyse des Rechts als Bewußtseinsgegenstand ergibt eine bestimmte Aktmodalität, die einen eigenen Gegen-

³⁴⁾ Spann, Gesellschaftslehre, 1923, S. 371.

³⁵⁾ Vgl. noch Voigt: Die Methoden der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft sind immer wesentlich verschieden gewesen und werden es bleiben. Zeitschr. f. Soz.-Wiss. 1912, S. 44.

^{35a)} Interessant ist auch der Lösungsversuch Zwiedeneks, der feststellt, daß sich die Macht nicht gegen die ökonomische Gesetzmäßigkeit, sondern nur gegen die Unzweckmäßigkeit des freien Waltens der Produktivkräfte richtet. Es handelt sich darum, inwieweit innerhalb der elastischen ökonomischen Gesetze Macht sich durchsetzen kann. (Macht od. ökon. Gesetz? Schmollers Jb., 49, S. 291.) Diese vermittelnde Ansicht kommt der Auffassung Wiesers nahe. Vgl. die Theorie d. Preisschichtung.

standsbericht bildet. Sander bezeichnet diese Akte als Herrschaftsakte mit zweiseitigen Sicherheitschancen³⁶⁾. Einen ähnlichen Ausgangspunkt vom Bewußtseinsinhalt nimmt Kaufmann in bezug auf die Wirtschaftstheorie. Als Grundgebilde der Wirtschaft ergibt sich der Tauschakt als spezifische Aktmodalität³⁷⁾. Auf Grund einer Differenzierung der gesellschaftlichen Erscheinungen nach den zugrundeliegenden Aktmodalitäten läßt sich eine theoretische Fundierung des Verhältnisses von Recht und Wirtschaft geben, da diese als einem genus angehörig, identische Eigenschaften aufweisen. Jedoch erscheint eine Gesellschaftslehre auf dieser Grundlage deshalb undurchführbar, weil die verschiedenen Aktmodalitäten in mehreren heterogenen Gebilden der Gesellschaft zugleich vorkommen. Der rechtliche Herrschaftsakt mit beiderseitiger Sicherheitschance findet sich seinem Sinn nach auch in Konvention und Sitte, in religiösen Gemeinschaften, Vereinen usw. Der wirtschaftliche Tauschakt aber tritt als Vorzugsakt in allen Komplexen menschlichen Handelns auf: er ist z. B. der Ethik wesenhaft und stellt sich als Prinzip des rationalen Handelns überhaupt dar.

Wir haben die theoretische Darstellung des Verhältnisses von Recht und Wirtschaft in der Rechtsphilosophie und Nationalökonomie verfolgt und gesehen, daß die Lehrmeinungen trotz der eindeutigen Sachlage der empirischen Gegenstände weitgehend differieren und von den Gegebenheiten vielfach abweichen. Die neueren Versuche, die den Weg zu einer empirisch zutreffenden Behandlung der Korrelation zwischen den beiden Gegenständen anbahnen, geben uns zwar wertvolle Vorarbeiten für eine theoretische Fundierung des Verhältnisses von Recht und Wirtschaft, an die jede weitere Behandlung des Themas wird anknüpfen müssen, sie sind aber in ihrer gelegentlichen, nicht auf das Thema zugeschnittenen Form noch unzulänglich. Im folgenden soll kurz ein Versuch skizziert werden, die empirischen Beziehungen zwischen Wirtschaft und Recht in die Wirtschaftstheorie einzugliedern. Maßgebend für ein solches Unternehmen ist allerdings die Bestimmung des Gegenstandes. Hierbei wollen wir uns im allgemeinen den neueren Tendenzen in der Nationalökonomie anschließen, die die Analogien zwischen Wirtschaft und Natur aufgeben, in der Wirtschaft vielmehr ebenso einen Teil der Gesellschaft erblicken, wie etwa im Recht und damit den historischen Veränderungen der wirtschaftlichen Institutionen auch in der Theorie Rechnung tragen (M a x W e b e r). Soweit

³⁶⁾ Sander, Zum Verhältnis von Recht und Staat. Arch. d. ö R. 1926.

³⁷⁾ Kaufmann, Arch. f. Sozialwiss., Bd. 47, ähnlich Schuster, Bd. 49.

uns rechtstheoretische Probleme entgegentreten, legen wir jene Auffassungen zugrunde, die — heute noch in den Anfängen — sich vom extremen Positivismus lossagen und die Konstitutionsprobleme des Rechts, auch soweit sie nicht immanent aus dem Rechtsbegriff herausgelöst werden können, in den Betrachtungskreis ziehen ³⁸⁾.

Der Tatbestand, der den Gegenstand der Wirtschaftswissenschaft bilden soll, ist zunächst ein Komplex menschlicher Handlungen, die die empirischen Daten der Sozialwissenschaften überhaupt darstellen. Um aber daraus den Begriff der Wirtschaft gewinnen zu können, genügt eine Abstraktion der allgemeinen Merkmale nicht, es kommt vielmehr, wie Max Weber hervorgehoben hat, auf den einheitlichen Sinnzusammenhang an, in dem diese Handlungen gesetzt werden. So z. B. ist es nicht das spezifisch wirtschaftliche Element der Tauschvorgänge, daß ein Gegenstand gegen einen anderen hingegeben wird, sondern der beiderseitig erwartete Vorteil, der sich als Motiv der Tauschvorgänge darstellt. Wenn man diesen Sinnzusammenhang von den psychologischen Momenten seines Gegebenseins loslöst und gewissermaßen objektiviert, ergibt sich eine ideelle Ordnung, an der menschliches Verhalten gerichtet ist, genau so, wie eine Analyse rechtlicher Handlungen, die der Rechtstheorie zunächst gegeben sind ³⁹⁾ (Befehle, Beschlüsse, Befolgung, Rechtsgeschäfte usw.), von der psychologischen Motivation abstrahiert, eine Systematik des Rechts, einen Stufenbau des Rechts ergibt, an dem das gegebene menschliche Handeln orientiert erscheint. Max Weber verwahrt sich zwar gegen diese Deutung des Sinnzusammenhangs im objektiven Sinn: „Es wäre natürlich reine Fiktion und entspräche etwa der Hypostasierung der regulativen Idee vom Staatsvertrage, wenn man einfach dekretierte, die beiden Tauschenden haben ihre sozialen Beziehungen zueinander in einer dem ideellen Gedanken des Tausches entsprechenden Art regeln wollen, weil wir, die Beobachtenden, diesen Sinn vom Standpunkt der Klassifikation hineinlegen. Man könnte ebenso gut sagen, der Hund, der bellt, habe wegen des Sinnes, den dieses Bellen für den Besitzer haben kann, das Eigentum schützen

³⁸⁾ Vgl. meinen Aufs. Die Begriffsbestimmung des Rechtes in der phänomenologischen Rechtsphilosophie, Ztschr. f. öff. Recht, 1926/27, Heft 2.

³⁹⁾ Die neuere nicht-positivistische Rechtslehre lehnt die Auffassung, daß das Recht in seiner grammatischen Formulierung in den Gesetzbüchern Gegenstand der Rechtswissenschaft sei, durchaus ab und weist auf die aktmäßige Gegebenheit des Rechtes hin. (Sander, „Zum Problem von Recht und Staat“, Ztschr. d. öff. R. 1926.) Binder u. a.

wollen ⁴⁰⁾.“ Jedoch zeigt gerade dieses Beispiel, daß nur dadurch die Subsumierung wesensfremder Elemente in den objektivierten Sinnzusammenhang eine Einheit des Systems geben kann. Die Naturkräfte, die auf dem Umweg über die Technik in der Wirtschaft relevant werden, können dies nur durch Eingestelltwerden in den objektiven Sinnzusammenhang der Wirtschaft. Beschränkt man sich, wie Weber, bloß auf den subjektiv gemeinten Sinn, so wäre es unmöglich, die Naturkräfte, die des Sinnes ihres Gesetzseins entbehren, in das System der Wirtschaft einzufügen. Gegenstand der Rechts- und Wirtschaftstheorie ist daher der objektivierte Sinnzusammenhang, eine Ordnung für menschliches Verhalten, an der sich dieses faktisch richtet. Die sogenannten Wirtschaftsgesetze stellen daher bloß den Sinnzusammenhang menschlichen Handelns dar, eine Ordnung, an der menschliches Verhalten orientiert ist. Wir wollen dies am sogenannten Grenzwertgesetz näher erläutern. Dieses besagt, daß die Preisbildung sowohl der Genußgüter als auch der Produktionsgüter nach den geringsten, durch die Quantität der Güter noch erfüllbaren Wertschätzungen erfolgt. Wenn man dieses Gesetz näher analysiert, erkennt man es als einen Stufenbau von Verhaltensmaßregeln, der die Einheit der Wirtschaft darstellt. Indem ich einem Gegenstand einen bestimmten Wert für meine Bedürfnisbefriedigung beilege, kann sich der Erzeuger in der Verwendung anderer Kostengüter zur Erzeugung dieses Gegenstandes in dem Maße der zu verwendenden Kosten nach der Höhe meiner Wertschätzung richten, wodurch eine Verwendung der Kostengüter nach dem ökonomischen Prinzip der Erzielung des höchsten Nutzens erfolgt. Damit wird der Nutzenbegriff zu einem Normbegriff für menschliches Verhalten, im obigen Falle des Produzenten, dessen Handeln das vom Gesichtspunkt der Naturgesetzlichkeit unmögliche Attribut: wirtschaftlich richtig oder unrichtig beigelegt werden kann. Nach dem Wieserschen Gesetz der durchgängigen Verwandtschaft der Produktionsgüter ⁴¹⁾ erstreckt sich diese Norm des wirtschaftlichen Verhaltens auf den ganzen Wirtschaftsbereich, so daß sich die beobachtete relative Einheit einzelner Wirtschaftskomplexe als Anwendungsbereich einer bestimmten Grenznutzennorm erklären läßt. Aber auch andere Gesetze der Wirtschaft, die als beliebte Beispiele für die Naturgesetzlichkeit der Wirtschaft angeführt werden, lassen sich

⁴⁰⁾ Max Weber, Schriften zur Wissenschaftslehre, S. 335. (Stammlers Überwindung der materialistischen Geschichtsauffassung.)

⁴¹⁾ Wieser, Theorie der gesellschaftlichen Wirtschaft, Grundriß I, 2. S. 162 f.

in diesem Rahmen erklären. Das Gesetz des abnehmenden Kapitalertrages z. B. stellt, soweit es im wirtschaftlichen Sinn verstanden wird, einen Spezialfall dieser Normierung dar, indem die bei fortschreitender Sättigung sinkenden Wertschätzungen eine andere Kostenrechnung erfordern, soweit es aber im technischen Sinn gemeint ist (was noch umstritten ist)⁴²⁾, erscheint es nicht an sich, sondern nur in seiner Eingliederung in den Sinnzusammenhang der Wirtschaft als Faktor der Kostenrechnung wirtschaftlich relevant⁴³⁾.

Das schwierigste Problem der kausalen Wirtschaftsbetrachtung stellt die Eingliederung der historischen Veränderungen wirtschaftlicher Institutionen in die Wirtschaftstheorie dar, deren Ergebnisse als Naturgesetze Unveränderlichkeit in Anspruch nehmen^{43a)}. Dieses Scheinproblem löst sich bei obiger Auffassung der Wirtschaft von selbst und führt uns zur Frage nach dem Verhältnis von Recht und Wirtschaft. Wie die Rechtsordnung bei andauernder Nichtanwendung von Rechtsnormen oder allgemeiner Nichtbefolgung einer Wandlung unterliegt, d. h. wie der Sinnzusammenhang der faktischen Rechtsakte sich dann verschiebt, wenn die empirische Grundlage sich ändert, so ergibt sich auch aus einer empirischen Wandlung der Wirtschaftsakte eine Veränderung des Sinnzusammenhanges und damit eine Umbildung der Wirtschaftsgesetze, der Wirtschaftstheorie. Wir haben im dogmenkritischen Teil des öfteren darauf hingewiesen, wie veränderte wirtschaftliche Verhältnisse eine Wandlung der Theorie bedingt haben, und konnten als Beispiel im besonderen auf die Entwicklung von der physiokratischen zur klassischen Schule und schließlich zur Grenznutzenlehre hinweisen, der heute ebenfalls in der konkreten Wirtschaft kein vollkommener Anwendungsbereich mehr entspricht, was in den neueren Theorien zum Ausdruck kommt. Zwischen Wirtschafts- und Rechtstheorie besteht daher kein wesentlicher Unterschied, sondern weitgehende methodische Analogie. Man kann nicht wie Stammler von Regel und Geregelterm sprechen, sondern Recht und Wirtschaft sind — idealisiert — Ordnungen menschlichen Verhaltens, — konkret — die dieser Ordnung unterliegenden Akte selbst. Die *differentia specifica* der beiden Systeme ist in den verschiedenen Gegen-

⁴²⁾ Vgl. Mayer, Art. Produktion im Handwörterb. d. Staatswiss., 4. Aufl.

⁴³⁾ Vgl. schon Knies.

^{43a)} Strigl sieht diese Möglichkeit in der Einbeziehung der histor. Elemente in die Daten, die die Gültigkeit der formalen Kategorien nicht berühren. Jedoch sind die Kategorien selbst nur als allgemeinste Daten gefunden. (A. a. O. S. 11.)

standsbereichen zu suchen, auf die die Normen fundiert sind. Das Recht stellt einen regionalen Bereich der Wertqualität des Gerechten dar. Alles, was nicht irgendwie inhaltlich auf diese Qualität Bezug nehmen kann, z. B. Naturgesetze, mathematische Sätze, kann nicht Inhalt einer Rechtsnorm werden, da der Gegenstandsbereich des Rechts damit unverträglich ist^{43b)}. Die Wirtschaft ist ihrem Sinn nach auf die Realisierung der Qualität der vitalen Lebenswerte gerichtet, die ebenfalls einen Gegenstand mit eigenen Verträglichkeitsgesetzen darstellen^{43c)}. Aus dieser Abgrenzung von Wirtschaft und Recht als eigenen Gegenstandsbereich ergibt sich eine relative Selbständigkeit beider, ein Dualismus der Gegenstände, den uns die Erfahrung zeigt. Wieweit ein Einfluß beider Sphären aufeinander möglich ist, ergeben die Fundierungsgesetze der Wertqualitäten, wie sie Scheler entwickelt hat⁴⁴⁾. Einzelne Werte des Gerechten setzen zu ihrer Realisierung einzelne vitale Lebenswerte voraus. So z. B. verlangen rechtliche Bestimmungen über Preis bzw. Kauf, Miete, Darlehen, Eigentum eine Wertschätzung des Gegenstandes als Bedingung. In diesen Fällen zeigt sich dann die oft hervorgehobene und allzu sehr verallgemeinerte Übereinstimmung wirtschaftlicher und rechtlicher Institutionen, die als rechtliche Beeinflussung der Wirtschaft bezeichnet werden kann. Umgekehrt aber zeigt sich dieses Fundierungsverhältnis als Beeinflussung des Rechts durch die Wirtschaft, indem die Erfüllung der niedrigeren vitalen Lebenswerte die Voraussetzung für die Realisierung der höheren Gerechtigkeitswerte bildet. Die Verteilung des wirtschaftlichen Produktionsertrages bietet hierfür ein Beispiel. Von einem rechtlichen Verteilungssystem kann man erst sprechen, wenn die wirtschaftlichen Wertschätzungen eine solche schon angebahnt oder geschaffen haben. Andererseits stellt sich aber eben dieses Verteilungssystem als rechtliche Zwangsinstitution dar. Daneben besteht aber eine Sphäre des Rechts wie der Wirtschaft, die aufeinander keinen Bezug nehmen können, da sich hier die Unverträglichkeit des Gegenstandsbereiches zeigt. So z. B. ist die Anwendung der Produktionsarten nach ihrer technischen Seite oder die Wertschätzungen des Konsumenten der rechtlichen Sphäre entzogen. Andererseits gibt es Gerechtigkeitswerte, die außerhalb des Bereiches der vitalen Lebenswerte liegen, wie z. B. der Schutz des Lebens, der

^{43b)} So z. B. würde der Rechtssatz: Die Körper sollen nach dem Kubus der Zeit fallen! oder selbst ein Rechtssatz wie: dieses oder jenes Bild soll als schön empfunden werden! als widersinnig erscheinen.

^{43c)} Vgl. Husserl, Ideen, S. 18.

⁴⁴⁾ Scheler, Formalismus i. d. Ethik u. materiale Wertethik, 1921.

Ehre u. a. In dieser Sphäre erweisen sich Recht und Wirtschaft als selbständiger Bereich unabhängig von einander.

Während also die sozialrechtliche und rechtspositivistische Richtung in der ausschließlich festgestellten Beeinflussung der Wirtschaft durch das Recht die Erfahrung zu einseitig beurteilten, die naturwissenschaftliche Richtung andererseits einzelne Beobachtungen der Erfahrung ausschaltete, ergibt sich aus den wenigen angeführten Grundgedanken, daß die gegebene Erklärung das empirisch gefundene Wechselverhältnis von Recht und Wirtschaft theoretisch zu begründen vermag.

B. Besprechungen.

Karl Wolff, *Grundlehre des Sollens*, zugleich eine Theorie der Rechtserkenntnis. Ein Buch für Juristen und Philosophen. Universitäts-Verlag Wagner, Innsbruck 1924, 8°, 213 Seiten.

Im (an vielen Stellen betonten) Gegensatz zu Kelsen, der sich erkenntnistheoretisch an Husserl anlehnt, geht Wolff von der deskriptiven Psychologie Brentanos aus. Diesem folgend, werden als Grundklassen der psychischen Phänomene Vorstellungen, Urteile und Interessenphänomene (Lieben und Hassen, Gefallen und Mißfallen) unterschieden. Ein aus Vorstellung und Gefallen zusammengesetztes Phänomen sei das Wünschen; kommt das Urteil hinzu, daß man das Gewünschte selbst verwirklichen kann, so liege ein Wollen vor. Wenn das (zeitlich letzte) äußere Verhalten des A den Schluß zulasse, daß ein Sachverhalt Gegenstand des wirklichen oder möglichen Wünschens oder Wollens des A ist, so heiße dies: der Sachverhalt ist dem A *zusinnbar*. Analog zum evidenten Urteil gäbe es auch ein einfühliges Lieben und Hassen, dem wahren Urteil entspräche das richtige Lieben und Hassen. Wie man nicht nur ein Urteil selbst wahr oder falsch nennt, sondern auch den geurteilten Sachverhalt, so bezeichne der Sprachgebrauch auch ein richtig geliebtes Verhalten selbst als richtig. Sollen sei ein äquivoker Ausdruck, er bedeute entweder *Zusinnbarkeit* (relatives Sollen) oder *Richtigkeit* (absolutes Sollen). Aber auch der Satz „es ist richtig, daß B. lerne“ (also ein absolutes Sollen), bedeute nur, daß „der Urteilende selbst das Lernen von B. einfühlig liebt, oder aber, daß er urteilt, daß ein anderer es einfühlig liebt“ (S. 25; nach Seite 30 braucht er allerdings nur zu urteilen: wer das liebt, liebt richtig, nicht aber: es existiert jemand, der das einfühlig liebt). Sollverknüpfung liege vor, wenn ein Zeitliches Erkenntnisgrund für ein Sollen ist; die Merkmale des die Sollfolge bedingenden Sachverhaltes bilden den Tatbestand. Verhält sich jemand so, wie es einem andern *zusinnbar* ist, so werde er von diesem bestimmt;

wird A regelmäßig von B bestimmt, so ist A der Geleitete, B sein Leiter, wenn sich auch keiner der beiden dieser Rolle bewußt ist. Ist seitens des Leiters die Gefolgschaft erzwingbar, so liege Herrschaft vor. Jeder Sollsatz sei entweder Sollurteil oder (wenn er als Anregung gedacht ist, das Verhalten eines Menschen zu bestimmen) Forderung; er könne bloß gedacht oder erklärt sein. Eine unbedingte Forderung heiße Norm, ein bedingter Sollsatz Sollgesetz. Sätze über das dem Urteilenden selbst zusinnbare künftige Verhalten seien Vorhabensätze. Die Bestimmungssätze erscheinen in den Formen der Bitte, des Rates, der bedingten Drohung, der Warnung, der Ermahnung oder des Befehls. Das Urteil, das uns ein Sollen erkennen läßt, also daß ein Liebenswertes vorliege oder daß ein menschliches Verhalten Zusinnbares bedeute, heiße (absolute, relative) Sollquelle. Die Androhung einer Sanktion sei doppelte Sollquelle; es könne daraus das durch den Eintritt des Tatbestandes bedingte Sollen der Sanktion und das unbedingte Sollen, den Tatbestand nicht zu setzen, erschlossen werden. Ein Sollsatz, der das Gesollte durch Verweisung auf ein anderes Sollen ausdrückt, heiße Sollrahmen. Liege bei einer (versuchten oder erfolgten) Bestimmung auf der einen oder anderen Seite eine Personenmehrheit vor, so sei dies Pluralbestimmung; hierher gehöre die Mitbestimmung (mehrere Bestimmer bzw. Leiter), die wiederum hierarchisch oder gleichstrebig, einverständlich oder uneinverständlich, eine Teilleitung oder eine koordinierte Mitleitung, eine ständige, wechselnde oder gemischte Mitleitung sein kann; weiters der Fall der Leitergleichheit, bei der unter derselben Leitung mehrere Verbundene stehen, die — je nachdem sie wissen, daß sie dieselben Forderungen befolgen oder nicht — eine Gesellschaft oder eine Gemeinschaft bilden. Mit Hilfe des so gewonnenen Begriffsapparates (der noch bedeutend verzweigter ausgebaut wird) untersucht Wolff weiter: den Vertrag, den Gesamtwillen, die Souveränität (Herrschaft, die nur durch den Leiter selbst beschränkt oder beseitigt werden kann), die Gebiets-herrschaft, die Leiterverabredung, den Anspruch, das Organ u. ä. Der Inbegriff gleichartiger bejahender Zusinnbarkeitssätze bilde eine Ordnung. Es gäbe auch sanktionslose Forderungen, auch sei es nicht absurd, Unmögliches zu fordern. Wer etwas tun soll, müsse sollfähig sein, d. h. die Möglichkeit haben, die Forderung zu verstehen und durch sie zum Handeln angeregt zu werden. Das Wissen um das Sollen sei zur Sollmäßigkeit nur erforderlich, wenn es als Bedingung im Sollsatz enthalten ist. Die Schlußarten, nach denen Sollquellen ausgelegt werden können, werden eingehend dargestellt. Das Problem der Geltung löst Wolff durch die „Klarstellung der mehrfachen Äquivokation, die im Worte Geltung liegt“; insbesondere müsse die Sollgeltung (Gegebenheit einer Sollquelle) von der Wirksamkeit einer Forderung (ihrer Befolgung) unterschieden werden; alles übrige sei Wortstreit. Ist ein Verhalten nach einer Ordnung sollmäßig, nach einer anderen sollwidrig, so könne eine solche Sollkollision nur vom Standpunkte einer übergeordneten Ordnung gelöst werden. Sonst seien die Ordnungen grundsätzlich voneinander unabhängig.

In einem besonderen Teil, der das letzte Viertel des Buches umfaßt, werden die einzelnen Sollkomplexe besprochen. Zu den absoluten zähle die Moral und die ästhetische Ordnung. Einen wirklichen Ordner gäbe es bei ihnen nicht. Unter den relativen Ordnungen mit menschlichen Ordnern seien die wichtigsten die Sitte und das

Recht. Sitte entstehe, wenn eine Gemeinschaft einen Brauch zur Forderung erhebt, was aus der Annehmlichkeit des Gewohnten erklärt wird. Am ausführlichsten wird die Rechtsordnung behandelt; sie ist jene relative, menschliche Ordnung, die ein Ordner (ein einzelner oder ein Verband) im Rahmen souveräner Leitung gesetzt hat. Ihr Inhalt sei das Recht, mag es auch im einzelnen unvernünftig, unsittlich oder unzweckmäßig sein (nur Unmögliches könne eine Rechtsforderung nicht gebieten, weil hier der Rahmen der Souveränität überschritten wird). Die einzelne Rechtsforderung gelte auch, wenn sie nicht wirksam noch erzwingbar ist, doch folge die regelmäßige Wirksamkeit und Erzwingbarkeit der Rechtsordnung als Ganzes schon aus der Souveränität des Ordners. Staat und Recht seien korrelative Begriffe, aber nicht identisch; der Staat sei real. Jeder Wechsel des Souveräns habe einen Wechsel der Rechtsordnung und des Staates zur Folge; die Ableitung einer neuen Souveränität und damit neuen Rechtsordnung aus der früheren sei müßig und der legitimistische Standpunkt daher nicht begreiflich. Das Natur„recht“ gelte als Teil der Moral, das Problem sei nur entstanden, weil man es neben dem geltenden Recht als Unterart einer Gattung „Recht“ auffaßte. Das Völkerrecht sei Recht als Verabredungsrecht (im Rahmen einer Souveränität anlässlich einer Leiterverabredung abgegebene Willenserklärungen) und als Staatsverbandsrecht, wovon die einfache Souveränitätsverabredung, die Staatssitte und die Völkerverkehrssitte zu unterscheiden sei.

An dem Buche ist vieles zu loben und — es tut uns darob leid, es feststellen zu müssen — mancherlei zu tadeln. Daß der Verfasser von der Definitionsfreiheit des deduktiven Forschers einen etwas allzu reichen Gebrauch macht und die Ausdauer des Lesers durch eine Unmenge neuer Termini auch an Stellen auf eine harte Probe stellt, wo dies für den Weiterbau der Untersuchung nicht unbedingt nötig ist, ist natürlich nur eine formelle Angelegenheit. Bedenklicher sind schon einige inhaltliche Unstimmigkeiten, die sich anlässlich von Problembehandlungen finden, die vom eigentlichen Arbeitsgebiet des von der Jurisprudenz herkommenden Verfassers weiter abliegen. So übersieht z. B. Wolff bei der Definition des wahren Urteils („wenn es für sich allein oder im Zusammenhang mit anderen Urteilen irgendwann irgendwem eingeleuchtet hat“, S. 13) die Fälle der blind-wahren Urteile, die eine Tatsache treffen und noch von niemandem mit Evidenz gefällt wurden; die Definition des ästhetischen Gefallens (S. 20), die einerseits eine unbegründete Einschränkung auf das einfühlige Gefallen enthält (auch unberechtigtes Gefallen kann seiner Natur nach ästhetische Lust sein!), paßt anderseits genau so auf sinnliche Gefühle, wie etwa auf einen körperlichen Schmerz. In den Beispielen auf S. 21 werden Wertgefühle und sinnliche Gefühle vermengt; das Kreischen des in Verlust geratenen Papageis ist doch nicht selbst „angenehm“, sondern der dadurch erfaßte Sachverhalt der Wiederauffindung des Papageis ist wertbetont (hier unterlief Wolff somit selbst eine Äquivokation, die auszumerken er so sehr bestrebt ist). Was uns aber von Wolff am weitesten trennt, ist der erkenntnistheoretische Psychologismus, der wie ein roter Faden das Buch durchzieht. Wie es nach Wolff nur „sprachliche Täuschung“ ist, wenn von einem Nichtseienden das Nichtsein ausgesagt wird (da es nur ein Irren desjenigen gäbe, der ein Nichtseiendes anerkennt), so verweist er auch das Sollen in das Gebiet des „nur mittelbar Vorstellbaren“; das Sein ist für Wolff

„überhaupt nichts anderes, als der sprachliche Ausdruck dafür, daß etwas mit Recht anerkannt wird“, und ebenso wird das Sollen mit dem „Urteil“ identifiziert, daß etwas zusinnbar oder richtig sei (S. 27). Die Sollverknüpfung wird als Spezialfall der Erschließung psychischer Phänomene aufgefaßt (S. 34). Wolff handelt also gar nicht von den Dingen, Sachverhalten und dem Sollen (d. h. jenem Gegenstand, der mit dieser Bezeichnung in erster Linie getroffen wird), sondern nur von Urteilen, Lieben und Hassen, und darüber darf auch die Anerkennung des sogenannten „absoluten Sollens“ nicht täuschen, das ja keineswegs absolut, nämlich vom Subjekt unabhängig gilt, sondern ebenfalls als Urteil über ein einfühliges Lieben verstanden wird. Dieser konsequent durchgeführte Subjektivismus führt zur grotesken Selbstwiderlegung, wenn Wolff schreibt: „so heißt z. B. ich denke an die Abwesenheit des Herrn X., nichts anderes als: ich denke an einen Urteilenden, der den Herrn X. als anwesend — also an diesem Orte befindlich — vorstellt und das Vorgestellte leugnet“ (S. 26). Nein! Wer an die Abwesenheit des Herrn X. denkt, ist eben lediglich mit Herrn X. und dessen Nichthiersein beschäftigt, nicht aber mit einem zweiten Subjekt, das vorstellt und leugnet — und das hätte doch gerade eine deskriptiv-psychologische Betrachtung Wolff sofort erkennen lassen müssen! Wenn schon ein Forscher, der an das Problem des Sollens herantritt, von Brentano ausgeht, dann hätte er die Klärung des Problems durch einen Größeren nicht völlig unbeachtet lassen dürfen, der entwicklungsmäßig seinerzeit auch von Brentano herkam: Meinongs, dessen Akademieabhandlung „Über emotionale Präsentation“ das Sollen bereits als vom Begehren präsentierten, aber — als „unpersönliches“ Sollen — vom Subjekt unabhängigen Gegenstand erfaßt hat.

Durch diese notwendige Kritik soll das Erfreuliche an Wolffs Buch nicht getrübt werden. Dieses liegt vor allem in der Art des Unternehmens als Ganzes: darin, eine positiv-aufbauende Grundlehre des Normativen geschrieben und das wissenschaftliche Interesse auf dieses wichtige Problemgebiet ganz ausdrücklich gelenkt zu haben. Die streng sachliche Art der Stoffbehandlung, der einfache Stil, der weder durch aufdringliche Gelehrsamkeit noch durch unklare Tiefsinnigkeit imponieren will, berührt ungemein sympathisch und könnte vielen, die heute rechtsphilosophisch arbeiten, zum Vorbilde dienen. Auch in Einzelheiten wird vieles scharf und richtig erkannt, so z. B. die Zugehörigkeit des Lokalindex zum gesollten Verhalten, nicht zum Sollsatz (was m. E. allerdings auch für den Zeitindex gilt, während Wolff hier zwischen der Zeit des Zusinnbaren und der Zeit der Geltung selbst unterscheidet); zutreffend ist die Erklärung der scheinbaren Relativität der ethischen Forderungen gegenüber Zeit und Raum durch die Verschiedenheit der Sachverhalte; die Ausführungen über die Wertabwägung (S. 106/107) sind sehr beachtenswert. Auch die speziell rechtstheoretischen Folgerungen bedeuten vielfach einen Fortschritt und sind nur in geringen Belangen (so z. B. in der Lehre vom Souveränswechsel) durch die subjektivistische Grundauffassung beeinflußt und etwas doktrinär.

An mehreren Stellen korrigiert Wolff ausdrücklich Ansichten, die er in seinem 1923 erschienenen „Verbotenen Verhalten“ entwickelt hat; das ist kein Fehler, sondern vielmehr das Zeichen des wahren Gelehrten, der ewig ringend nach Erkenntnis strebt. Nach dem vor-

liegenden, so reiche Anregungen bietenden Buche zu urteilen, wird uns Wolff auch in Zukunft noch manch Wichtiges zu sagen haben; er wird hierbei den größten und fruchtbarsten Schritt in seinem Forschungsstreben tun, sobald er — diesmal nicht Einzelheiten, sondern seine erkenntnistheoretische Grundauffassung revidierend — zu den Tatsachen selbst vordringen wird.

Graz.

E. Seelig.

Werner Haensel, Kants Lehre vom Widerstandsrecht. Ein Beitrag zur Systematik der Kantischen Rechtsphilosophie. Berlin 1926, VIII, 104 S.

Haensel hat sich die literarhistorische (5.) Aufgabe gestellt, Kants Lehre vom Widerstandsrecht zu erörtern, eine Problemstellung, die in unserer Zeit voreiliger, rechtsphilosophischer Systematisierungsversuche durchaus begrüßt werden muß. Die Ausführung dieser literarhistorischen Studie setzt naturgemäß leitende, systematische Gedanken voraus, und insofern kann auch Haensel die Abgabe systematischer Urteile nicht vermeiden. Bezeichnet er doch sogar seine Untersuchungen als einen „Beitrag zur Systematik der Kantischen Rechtsphilosophie“. Seine systematischen Gesichtspunkte sind nun allerdings vielfach angreifbar; insbesondere muß sein Versuch, den Aufbau der Kantischen Rechtslehre aus einer Anwendung des Prinzips der transzendentalen Freiheit heraus zu verstehen, als gescheitert gelten. Das Rechtsprinzip formuliert Kant durchaus als praktisches Naturprinzip, allerdings mit jenem formalistischen Charakter, der seine Anwendbarkeit verbietet. Da Haensel diese Tatsache verkennt, mißversteht er auch die logische und materialrechtliche Kritik, die u. a. von meiner Seite *) aus an dem Unrecht auf Freiheit sowie an der Lehre vom Naturzustand und bürgerlichen Stand geübt wurde. Haensels Erörterungen über die politischen und philosophischen Einflüsse auf die Stellung Kants in der Frage des Widerstandsrechtes sind sehr anregend, insbesondere ist seine Parallelisierung der Kantischen Geschichts- und Religionsphilosophie mit seiner Stellung zum Revolutionsproblem förderlich. Allerdings gelingt es ihm auch hier nicht, den Nachweis für die logische Haltbarkeit der Kantischen Lehre zu führen.

Frankfurt a. M.

Dr. Julius Kraft.

Adam Smith, Theorie der ethischen Gefühle (The Theory of Moral Sentiments). Nach der Ausgabe letzter Hand übersetzt und mit Einleitung, Anmerkungen und Registern versehen von Dr. Walther Eckstein. (Der Philosophischen Bibliothek Band 200.) Zwei Bände. Leipzig bei Felix Meiner, 1926. Geh. 20 RM.

„Die Theorie der moralischen Gefühle“, wie man in etwas zu enger Anlehnung an den englischen Titel gern das philosophische Hauptwerk des — durch sein 17 Jahre später erschienenenes nationalökonomisches Werk über den „Reichtum der Nationen“ berühmt gewordenen — schottischen Moralphilosophen nennt, ist vor Eckstein erst einmal als Ganzes ins Deutsche übersetzt worden, durch Kosegarten in 1791/95.

Eckstein hat eine von Grund auf neue Übersetzung gebracht, die durch ihre Anlehnung an den Stil des englischen Originals und den

*) Die Methode der Rechtstheorie in der Schule von Kant und Fries, Berlin 1924.

Zeitgeist, der durch die 6 von Smith herausgegebenen Auflagen von 1759 bis 1790 weht, eine Gedanken- und Empfindungswelt vor uns erstehen läßt, die — manchmal unmodern wirkend — letzten Endes ein tiefstes Nacherleben der Probleme der späten Moralphilosophie auslöst.

Es sei betont, daß Smith in gewissen führenden Kreisen Englands bis auf den heutigen Tag sehr viel mehr als Moralphilosoph gilt und sehr viel weniger als Nationalökonom. Tatsächlich ist die *Theory of Moral Sentiments* ein wirklich systematisches Lehrbuch der schottischen Moralphilosophie und bis zu einem gewissen Grade das letzte naturrechtliche Werk dieses Kreises. Auch Smith selbst hat seine „*Theory*“ immer höher eingeschätzt als sein „*Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*“.

Der bloße Hinweis auf den Titelunterschied, hier eine bescheidene, historisch-empirisch-theoretische „Untersuchung“, dort eine systematische „Theorie“, würde bereits auf den logisch-wissenschaftlichen Abstand der beiden Werke aufmerksam machen können.

Wer die „Theorie“ von Adam Smith durchgearbeitet hat, sieht, daß ihm mit diesem Werke eine „Ethik“ gelingen sollte, an die sich eine „Politik“ anschließen konnte, die etwas enger als die im aristotelischen Geiste gemeint war, und daß dieser „Politik“ eine „Ökonomik“ vorweggehen sollte, die in dem „*Wealth of Nations*“ tatsächlich von ihm geschaffen worden ist, während die „Politik“ selbständig nie von Smith geliefert, wohl aber in dem letzten der fünf Bücher des „*Wealth of Nations*“, das etwa eine Finanzwirtschaftslehre enthält, begonnen worden ist.

Die „Theorie“ ist für uns heute Lebende aber noch in anderer Hinsicht wertvoll. Einmal als selbständige „Ethik“, die neben einer tief schürfenden Kritik der bis dahin erschienenen ethischen Grundwerke eine durchaus praktische Ethik in dem „unparteiischen Zuschauer“ liefert, der wie Eckstein in einer gründlichen Einleitung betont, begrifflich eine Vorstufe des kategorischen Imperativs darstellt. Und zweitens in ihrer Beziehung zum *Wealth of Nations*, indem Smith bereits in seiner „Ethik“ den Eigennutz, das selfish system, in so glänzender Weise unter den egoistischen Affekten vorträgt, daß dessen Abbiegung durch den freien Wettbewerb als einem ökonomischen Postulat eine einfache logische Folgerung aus seiner „Ethik“ sein mußte, worüber eine hallische Dissertation aus 1926 (von W. Koch) endgültige Antwort erteilt.

Der Übersetzer hat eine ausgezeichnete Arbeit geleistet; er ist Übersetzer und Herausgeber zugleich im besten Sinne des Wortes; seine schon genannte große „Einleitung“, dann seine „Anmerkungen“, die die sechs ersten Auflagen der „Theorie“ miteinander verbinden, weiter ein gutes englisch-deutsches Register der *Termini technici* bei Smith, schließlich die Namen- und Sachregister erleichtern und sichern die Benutzung dieser Verdeutschung des Smithschen Werkes auch einem breiteren Benutzerkreise.

Halle a. d. S.

Hellmuth Wolff.

Dr. Wilhelm Hofacker, Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen. Stuttgart 1926, Verlag von W. Kohlhammer. 67 S.

Verfasser ist in der Wissenschaft kein Unbekannter. Er hat sich insbesondere seit Kriegsende durch sein Werk „Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform“ als ein besonders ursprünglicher und furcht-

loser Schriftsteller erwiesen. Er bekämpft dort vor allem die Einbrüche des Zivil- und Strafrechts in das Verwaltungsrecht und fordert eine klare Abgrenzung der Interessensphären. Von diesem großen Werke gehen dann weitere Linien zur Schrift über „Die Reform des Strafgesetzbuches“. Eine Besprechung des Entwurfs von 1919 und „Rechtswidrigkeit und Kriegsverbrechen“, beides 1921, folgten, nachdem schon im Jahre 1914 eine Schrift mittleren Umfanges „Über die Grenzenabscheidung zwischen Strafrechtsprechung und Verwaltung“ vorangegangen war. Denselben Faden, wenn auch mit immer neuen Farben, spinnt Hofacker weiter in den „Beiträgen zur Vereinfachung des Rechtswesens“, die er, etwas allzu weit spannend, unter die Gesamtidee eines „logischen Aufbaues des deutschen Rechtes“ bringt (1924). Schließlich hat er nochmals das Wort ergriffen, um „die Neugestaltung der öffentlichen Verwaltung“ im Jahre 1926 zu fordern. Seine letzte hier zu besprechende Schrift zeigt ihn uns in der bekannten Kämpferstellung. Das Gebiet der Grundrechte und Grundpflichten ist zwar wissenschaftlich keineswegs Neuland, bietet aber durch die außerordentliche Fülle der in der Reichsverfassung neu hinzugekommenen Grundrechte besondere systematische und begriffliche Schwierigkeiten. Darüber, welcher Art diese sind, darf ich vielleicht auf mein Reichs- und Landesstaatsrecht 1924, I S. 430—524, sowie auf meinen Artikel „Freiheitsrechte“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 1927 verweisen, wo auch die bisherige Literatur angegeben ist. Auf all das bisher von anderen Gesagte und Geprüfte geht Hofacker nirgends erkennbar ein. Er unterscheidet vielmehr Rechte und Interessen, Pflichten, Aufgaben und Lasten mit dem Ergebnis, daß er nur in einer beschränkten Zahl von Grundrechten sogen. Eigenrechte, wie er sie nennt, anerkennen will. Das ist aber nichts Neues. Was er über die schweizerische Praxis sagt, ist doch etwas zu knapp, und was dann in kommentatorischer Form folgt und zu jedem einzelnen Verfassungsartikel ausgeführt wird, hat mich, der ich den Verfasser als Wissenschaftler sehr schätze, sehr enttäuscht. Häufig finden wir, daß er sich seine eigene Logik zurechtlegt und dann von dieser aus die Meinungen anderer einfach verwirft, wenn sie mit den seinigen nicht übereinstimmen. Wenn er „verfolgt, mit welcher Unbedenklichkeit unsere Rechtsgelehrten und das Reichsgericht aus Versehen oder aus irgendeiner politischen Anwendung die wichtigsten Grundbegriffe des Rechts (Eigentum, Enteignung) verändern“, so gestehe ich, nirgends auch nur einen Schimmer des Beweises für diese Behauptung, nirgends in der kleinen Schrift eine überzeugende Kritik gefunden zu haben. Ohne jede mir gänzlich fern liegende Überhebung muß doch gesagt werden, daß sich an derartige wichtigste Probleme nur derjenige heranwagen soll, der wissenschaftlich auf das Genaueste mit der Kenntnis der Probleme und des Schrifttums ausgerüstet ist.

Köln.

Universitäts-Professor Dr. Stier-Somlo.

Erik Wolf, Grotius, Pufendorf, Thomasius. Drei Kapitel zur Gestaltsgeschichte der Rechtswissenschaft. (Heidelberger Abhandlungen zur Philosophie und ihrer Geschichte, herausgegeben von Ernst Hoffmann und Heinrich Rickert, Nr. 11.) Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), VIII u. 124 S., 8°. Tübingen 1927.

In dieser Schrift macht Verfasser den Versuch, die moderne „geistesgeschichtliche Methode“, die er wohl treffend als von Rickert

und Simmel einerseits, von Diltthey und Gundolf andererseits erarbeitet bezeichnet, von den Gebieten der Philosophie- und Literaturgeschichte, auf denen sie entstanden ist, auf das Gebiet der juristischen Wissenschaftsgeschichte zu übertragen. Nicht ungeschickt wendet er sich deshalb an das Zwischenreich der Geschichte des Naturrechts, dessen allgemein rechtsphilosophische Ideen dafür unmittelbarer geeignet sein dürften, als die Vorgänge auf dem weniger Stimmungsgehalte bietenden Felde der positiven Rechtswissenschaften — auf die nicht immer vermiedene Gefahr hin, den Zusammenhang zwischen Entwicklung des Naturrechts und der positiven Rechtswissenschaft aus den Augen zu verlieren, einen Zusammenhang, auf den natürlich eine allgemeine Geschichte der Rechtswissenschaft das Hauptgewicht zu legen hat. Es handelt sich also für Verfasser weniger um das Besondere und Einzelne, als um die „gestalthafte Erfassung der Rechtstheorie“ (S. V) — wohl gemerkt, um die Gestalten nicht der einzelnen Juristen, sondern der Rechtstheorien, wobei dahingestellt bleiben muß, ob Theorien derartig gestalthafter Auffassung überhaupt unterliegen und ob dabei nicht an Genauigkeit verloren geht, was etwa an Intensität der Veranschaulichung gewonnen werden mag.

Zu dem Behufe greift Verfasser drei Hauptvertreter der ersten, im engeren Sinne naturrechtlichen (noch nicht vernunftrechtlichen) Epoche heraus, Grotius, Pufendorf und Thomasius. Es liegt im Wesen seiner Methode, daß wir mit ihm über diese Auswahl, wenn sie, wie es zutrifft, nur überhaupt einige maßgebende Gedanken-Typen faßt, nicht weiter rechten dürfen, so peinlich man Hobbes z. B. in dieser Reihenfolge vermißt. Bei jedem dieser seiner drei representative men behandelt Verfasser zunächst wieder die Biographie, dann was er ihre Ruhmesgeschichte oder Legende heißt; und dann erst ihr „Werk . . . als Leistung im wissenschaftlichen Bereich der Erkenntnis“, wie er es für Grotius bezeichnet, oder als „dogmengeschichtliche Wertung“, wie es bei Pufendorf genannt wird, oder als „Methode und Stellung der Thomasischen Rechtslehre in der Zeit“. Es leuchtet ein, daß die ersten und dritten Unterabschnitte der drei Gestalt-Vorführungen nach der neuen Methode nicht wesentlich anders ausfallen als nach der alten. Erik Wolf hat hier die Quellen gründlich studiert, eine sorgfältige Zusammenstellung der biographischen, namentlich auch der Daten zur Geistesentwicklung seiner drei Helden gegeben (ohne daß m. E. daraus ein besonders anschauliches individuelles Lebensbild hervorginge, weder bei Grotius noch gar bei Thomasius¹⁾, was aber ja auch nicht den Intentionen des Verfassers entspräche), und den naturrechtlichen Entwicklungsgang etwa dahin bestimmt, daß Grotius in dem Geiste der triebhaft

¹⁾ Wenn z. B. Grotius nach seiner psychischen Struktur als nicht nur tolerant, sondern auch als „müde“ (S. 27) bezeichnet wird, so dürfte mit diesem Eindruck von seiner Persönlichkeit Wolf ganz vereinzelt dastehen. Erst recht will er dem persönlichen Lebensbild von Thomasius gar nicht gerecht werden, macht mir, daß ich das versucht habe, eher zum Vorwurf, S. 114. — Etwas besser kommt bei ihm Pufendorf weg, bei diesem aber tritt gerade wieder die Würdigung seiner besonderen juristischen Leistung ganz in den Hintergrund, trotzdem Wolf selbst S. 85 tadelt, daß diese bisher „nicht beachtet“ worden sei, was doch für meine Darstellung kaum zutreffen dürfte, vgl. Wolf selbst S. 81.

verbundenen Gesellschaft die Hauptsache gesehen hat, Pufendorf im Willen, in der freien Möglichkeit individueller Verpflichtung und Befugnis, Thomasius aber in der Macht als letztem Geltungsgrunde rechtlicher Verpflichtung (S. 123 so zusammengefaßt). Dabei ist wohl besonders fein und treffend die Beobachtung, daß Grotius mehr an Trieb zur Geselligkeit im allgemeinen, also auch z. B. kirchenbildend, denkt, während es Pufendorf mehr auf das juristisch geknüpfte Band der Gesellschaft (*societas* im Gegensatz zu *socialitas*) ankommt. Ob es ebenso stimmt, daß Grotius auf den Gegensatz menschliches Leben und göttliche Willkür setze, Pufendorf mehr die Grenze zwischen der Gemeinschaft und dem Einzelnen aufsuche, davon bin ich nicht ganz so überzeugt, so entschieden die Loslösung des Naturrechtes von göttlicher Einsetzung auch von mir als Ausgangspunkt des Grotius und damit dieser ganzen Bewegung ausgesprochen ist. Thomasius bleibt dann der reine Rationalismus des Naturrechtes übrig, der zu dessen späterer Epoche, dem Vernunftrecht, überleitet. Man wird all dies als recht klar entwickelt und im einzelnen sorgfältig beobachtet gerne anerkennen, ohne überall den Formulierungen zuzustimmen oder es als wesentlich neu zugunsten einer neuen Methode begrüßen zu können: auch eine streng evolutionistische Geschichtsmethode könnte doch zu ähnlicher Darstellung führen.

Dagegen die methodologische Eigenart, auf die es Vfr. wohl hauptsächlich ankommt, schlägt besonders durch in den mittleren Abschnitten der drei Hauptkapitel, wo Grotius, Pufendorf, Thomasius im Urteil der Zeitgenossen und der Nachwelt charakterisiert werden, wobei durch diese Stellungnahme sich zugleich wieder die betreffenden Beurteiler in notwendiger Gegenseitigkeit charakterisieren. Wenn der Vfr. hierbei durch Gundolfs Epopöe über die Ruhmesgeschichte des großen Caesar angeregt ist, so hätte er wohl besser die Spuren dieses Zusammenhanges verwischt, statt sie zu betonen. Es ist wirklich nicht immer gestattet, *magnis componere parva*, wenigstens nicht ohne daß das Kleine einen Stich ins Kleinliche bekäme. Sieht man aber von dieser Parallele ab, so bleibt eine recht tüchtige und interessante Leistung übrig. Für den Rezensenten ist sie besonders interessant, da er sich dabei, obschon noch lebendig, doch gewissermaßen bereits im Spiegel des Urteils einer späteren, neuartigen Generation erblicken kann, so von der Gleichzeitigkeit verschiedenzeitiger Generationen (wenn Wolf seinen Gundolf kennt, warum sollte ich nicht zeigen, daß auch wir Älteren unseren Brinkmann lesen?) Nutzen ziehend. Gierke hat mir s. Z. vorgeworfen, daß ich die historische Richtung in der Rechtswissenschaft nicht genügend hoch stelle; nun betrachtet mich Wolf als selbst zur historischen Schule gehörig, meine Einstellung zum Naturrecht ist die der „entwickelten historischen Schule“, denn ein deutendes Verständnis der Gestalt z. B. Pufendorfs suche ich nicht, sondern die theoretische Wiedergabe seiner Lehrsätze (S. 82); bei Thomasius dagegen (S. 114) suche ich, wieder mit dem Historismus, mehr das Persönliche, das Werk²⁾ tritt mir da vor der menschlichen²⁾ Erscheinung ganz zurück. Da man über sich selbst nicht viel Urteil hat, so muß ich das Wolf wohl glauben; für seine Methode aber ist kennzeichnend, daß er das so kühl nebeneinandersetzt, es beide Male auf den Historismus zurückführt, ohne die naheliegende Erklärung vor-

²⁾ Gesperrt gesetzt bei Wolf selbst.

zubringen, daß mir eben bei Pufendorf die Theorie als die Hauptsache erschienen ist, bei Thomasius die Persönlichkeit. Nun, tempora mutantur et nos (unser Spiegelbild) mutamur in illis. Übrigens, wenn ich es mir so überlege, vielleicht hat schließlich für mich Wolf noch mehr Recht als Gierke. Mehr, nicht ganz: denn das Wesen der Gestaltschau scheint zu sein, daß jeder Schauende eine andere Gestalt sieht, also keiner oder jeder ganz recht hat. Und so schaue ich wieder bei Wolf meine eigene Legende; das klingt etwas unheimlich, ich empfinde es aber ganz angenehm.

Bonn.

Ernst Landsberg.

Hugo Preuß, Staat, Recht und Freiheit. Aus 40 Jahren deutscher Politik und Geschichte. Mit einem Geleitwort von Theodor Heuß. 588 S. Preis 21,50 RM. Tübingen 1926, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Frau Else Preuß führt im Vorwort aus:

„Nachstehende Aufsätze meines Mannes übergebe ich der Öffentlichkeit in dem Bewußtsein, daß ihr Wert und ihre Wirkungsmöglichkeit nicht erschöpft waren in dem Eintagdasein, das ihnen folgerichtig an ihrem Erscheinungsort: Zeitungen und Zeitschriften, beschieden sein mußte. Ich glaube, daß sie auch für unsere Zeit noch sowohl von historischem wie aktuellem Wert sein können. Bei der Durchsicht fiel mir auf, wie viele Dinge in ihren Anfängen vor Jahren erkannt sind, die heute zur Bedeutsamkeit sich ausgewachsen haben, deren Erfüllung uns teilweise noch die Zukunft bringen soll. Wie manche Töne angeschlagen sind, die schon heute einen vollen Akkord geben. Daß der Autor diesen nicht mehr in ganzer Auswirkung erlebt hat, ist Tragik eines Menschenschicksals. Wenn ich an die Entstehung dieser Artikel denke und mich erinnere an den hohen sittlichen Ernst und die Wärme, mit denen sie geschaffen wurden, die manchmal scheinbar die Wichtigkeit des Gegenstandes übertrafen, bin ich sicher, mit der Veröffentlichung das Richtige zu tun. Vielleicht daß auch sie unsere Zeit, die wir als eine zum Besseren fortschreitende sehen möchten, ein klein wenig weiter bringt.“

Damit ist alles gesagt, was für und gegen die Errichtung eines solchen literarischen Denkmals spricht, so daß es nicht angebracht erscheint, wenn ich meinerseits auch nur ein Wort hinzufügen würde.

Königsberg i. Pr.

Waldecker.

Verfassungspolitische Entwicklungen in Deutschland und Westeuropa.

Historische Grundlegung zu einem Staatsrecht der deutschen Republik. Aus dem Nachlaß von Dr. **Hugo Preuß**, ehem. Reichsminister. Herausgegeben und eingeleitet von Dr. Hedwig Hintze. 488 S. Berlin 1927, Carl Heymanns Verlag.

Aus dem Vorwort erfahren wir, daß Hugo Preuß beabsichtigt hatte, ein „Staatsrecht der deutschen Republik“ zu schreiben. Es sollte bestehen aus einem Kommentar zur Reichsverfassung und zwei ihn einleitenden Werken, nämlich einer „verfassungspolitischen“ und einer „rechtstheoretischen Entwicklung“ bis zu dem Punkte, wo das Werk von Weimar einsetzt. Von dem großzügigen Plan sind nur die allgemeinen Umrisse und einige Fragmente vorhanden. Soweit es sich um ausgearbeitete Teile des Kommentars handelt, sollen sie von anderer

Seite herausgegeben werden. Von dem rechtstheoretischen Teil war noch gar nichts ausgearbeitet. Die verfassungspolitische Untersuchung liegt in ihren fertigen Teilen hier vor. Das erste Kapitel behandelt den „Zerfall des Imperium mundi“, das zweite „Reformation und 30jähriger Krieg“, das dritte „Österreich und Preußen. Der aufgeklärte Despotismus“, während das vierte Kapitel „Parlamentarismus und Revolutionen“ unvollendet geblieben ist. Wie sehr es sich um ein Fragment handelt, zeigt am besten die Tatsache, daß selbst die vier Kapitelüberschriften sich nicht im Manuskript fanden, sondern auf einem losen Zettel, und daß die Herausgeberin bekennen muß, nur ahnen zu können, wie die Fortsetzung des Werkes gedacht gewesen sein möchte. Daß trotzdem das Fragment lesenswert ist, versteht sich bei der Autorschaft eines Preuß von selbst, auch wenn es für den, der die früheren Werke von Preuß kennt, keine Überraschungen mehr bietet.

Königsberg i. Pr.

Waldecker.

Ernst Weigelin, Dr., Landgerichtsdirektor in Stuttgart, Einführung in die Moral- und Rechtsphilosophie, Grundzüge einer Wirklichkeitsethik. Sammlung: Wissen und Forschen, Schriften zur Einführung in die Philosophie. Bd. 19. 1927. Leipzig, F. Meiner. 202 S.

Der Verfasser hat den interessanten Versuch unternommen, die Ethik „empirisch“ zu behandeln, indem er die herrschenden Moralanschauungen unter Verwendung der von der allgemeinen Rechtslehre übernommenen Formen und Begriffe darstellen will. Das Unternehmen ist notwendig zum Scheitern verurteilt, da Ethik wie Rechtsphilosophie Aufgaben stellt und Ziele weist, also nur normativ behandelt werden kann. Was der Verfasser darstellt, ist nur Sitte, öffentliche Meinung, Gewohnheit. Die Lehren von Platon und seinen Nachfolgern bis in unsere Tage scheinen dem Verfasser ebenso fremd zu sein wie die neuere Wertlehre Rickerts und seines Kreises. Und Kants kategorischen Imperativ widerlegt der Verfasser mit dem Hinweis, daß die einzelnen Moralanschauungen zu verschieden sind, als daß sie sich unter ein oberstes Gesetz „zusammenfassen“ lassen. Ärger kann wohl die Bedeutung eines Maßstabs, einer Norm, an der die einzelnen Tatsachen zu messen sind, nicht verkannt werden *).

Königsberg.

W. Sauer.

Heinrich Triepel, Staatsrecht und Politik. Berliner Rektoratsrede. Berlin (Preußische Druckerei- und Verlags-Aktiengesellschaft), 1926. 39 S.

In Gedrängtheit werden die verschiedensten Probleme aus dem wichtigen Grenzgebiet anregend und zum großen Teil neuartig erörtert: das Verhältnis der älteren, teleologisch eingestellten und daher politisch interessierten Staatsrechtslehre (Stahl, Gneist) zu der neueren (Gerber, Laband), die ihre Aufgabe in der begrifflich formalen Ausgestaltung des Staatsrechts sieht und daher jegliche Einmischung in Politik ablehnt; ferner die verschiedenen Auffassungen des Wesens der Politik; die Beteiligung oder Nichtbeteiligung einzelner Staatsrechtslehrer an der Politik; die zwei Arten sogen. juristischer Konstruktion,

*) Vgl. m. Bspr. in Jur. Woch. 1927.

die mit Glück als verstehende und als lückenausfüllende bezeichnet werden; die Ablehnung des methodischen Purismus (Kelsen), der zur Verdorrung und Lebensfremdheit führe. Verfasser übertreibt nicht, wenn er sagt, die Mehrzahl der Staatstheorien, die ja meist „Konstruktionen“ waren, seien im Hinblick auf politische Ziele aufgestellt und zur Rechtfertigung politischer Akte verwendet worden. Und niemand als der Ref. kann dem Verfasser freudiger zustimmen, wenn er ausführt, daß wir bei der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts ohne Wertungen nicht auskommen, die wir (wenn nicht im Gesetz, so) im „Rechtsbewußtsein der rechtlich verbundenen Gemeinschaft“ finden.

Königsberg. W. Sauer.

Hans Freyer, *Der Staat*. 2. unv. Aufl., 1926. In Sammlung: Staat und Geist, herausgegeben von Freyer, Jolles, Ipsen. Leipzig (Wiegandt). 216 S.

Das gehaltvolle, nicht leicht lesbare, wenn auch in leichter Darstellung ohne Fachausdrücke geschriebene, aber von historischen und politischen Belegen völlig absehbare Buch sieht in dem Staat den Zielpunkt der Kultur, in dem sich die beiden (logischen, nicht tatsächlichen!) Vorstufen „Glauben“ und „Stil“ verwirklichen sollen. Da der Staat Tat und Macht ist, muß er selbst den Weg zum Geist zurückfinden, was die letzte, nie voll lösbare Aufgabe des Staatsmanns ist. Der „Glauben“ als die erste Kulturstufe äußert sich in Mythos, Kult, Sprache; der „Stil“, die zweite Stufe, in Kunst, Wissenschaft, Recht. Die ideale Staatsauffassung des Autors erinnert an die Schriften Platons, Hegels, M. Wundts. Was der Verfasser Staat nennt, entspricht aber mehr den Gebilden, die mit Gesellschaft, Nation oder (nationaler) Kultur bezeichnet zu werden pflegen. Der Staat ist ein oft willkürliches Produkt einiger Politiker (1918!). Trotz mancher Bedenken wird auch der Jurist das Buch, das ich näher in der Z. f. StrafrW. besprochen habe, nicht ohne reichen Gewinn lesen.

Königsberg.

W. Sauer.

Harry Elmer Barnes, Prof. für Geschichte der Soziologie am Smith College, Northampton, Soziologie und Staatstheorie. Eine Betrachtung über die soziologischen Grundlagen der Politik. Mit einer Einleitung von Prof. Gottfried Salomon, Frankfurt a. M. Innsbruck (Wagner), 1927. XXXVIII u. 229 S. 8,50 RM., geb. 11 RM.

Die wissenschaftliche Behandlung eines und desselben Arbeitsgebietes weicht bei den einzelnen Kulturnationen oft so stark von einander ab, daß jede Berührung fehlt, mögen die Völker auch sonst in regem Austausch der Kulturgüter stehen. Die angelsächsische Ethik ist von der deutschen grundverschieden; die juristische Literatur beider Völker zeigt wenig Berührungspunkte, und erst neuerdings hat die vergleichende Rechtswissenschaft die Schranken aufgehoben, um auf Gemeinsames und Trennendes hinzuweisen. Es ist daher sehr zu begrüßen, daß das vorliegende Buch es unternimmt, den deutschen Leser mit der amerikanischen Soziologie und allgemeinen Staatslehre bekannt zu machen, und zwar um so mehr, als es sich hier um ein Gebiet handelt, das nur in verhältnismäßig geringem Maße national bedingt ist. Es kommt hinzu, daß die Soziologie hüben und drüben noch so

wenig ausgebaut ist, daß eine gegenseitige Anregung der eigenen Forschung nur zugute kommen kann. In dem umfangreichen Vorwort führt uns der rührige deutsche Soziologe in die Entwicklung und den Stand der nordamerikanischen Soziologie ein, die übrigens auch an den dortigen Universitäten noch nicht durchweg als selbständige Wissenschaft anerkannt ist; Grund: die systematische Festlegung der anderen Wissenschaften in inhaltlicher Beziehung, während nur ihre methodische Verankerung im System hätte erfolgen dürfen. Es wird gezeigt, wie die Soziologie auch dort erst im 19. Jahrhundert ausgebaut wurde; Begründer: L. F. Ward (1841—1913); Hauptförderer: Sumner (1840—1910), Giddings (geb. 1855), Small (1854—1926), E. A. Ross (geb. 1866), Colley (geb. 1864), Ellwood (geb. 1873) und der Verfasser des vorliegenden Buches (geb. 1889); der Anhang bringt eine ausführliche Bibliographie. Methodisch ist die Behandlung entweder eine historische oder eine psychologische oder eine politische oder eine ökonomische; die bei uns beliebte erkenntnistheoretische, sozial- oder kulturphilosophische Art der Betrachtung liegt den Angelsachsen fern. Die vorliegende Schrift trägt insofern einen enzyklopädischen Charakter, als sie zu jedem Thema eine Übersicht über den Stand der Ansichten bringt; mithin dient sie selbst trefflich der Einführung in die amerikanische Literatur. Der Verfasser sieht in dem Staat mit Recht nur eine künstlich geschaffene Organisation nach Art vieler anderer gesellschaftlicher Gruppenbildungen; er lehnt die Ansichten ab, die in dem Staat einen Gegensatz zur Gesellschaft oder gar in ihm den absoluten Selbstzweck alles sozialen Lebens erblicken. Eigenartig bestimmt er aber das Verhältnis des Staates zur Gemeinschaft, die ihn geschaffen hat; die Gemeinschaft ist das von innen her bestimmte Zusammenleben von Wesen, die aktiv und freiwillig in Beziehung treten, während der Staat nur die äußeren Bedingungen des sozialen Lebens festsetzt und für Einhaltung der sozialen Pflichten sorgt. Unter dem Gesichtspunkt der Soziologie, die nach dem Verfasser den Gesellschaftsprozeß in seiner gesetzmäßigen Form erkennen soll, werden betrachtet die typischen Ideen über den Staat, die Entstehung und Entwicklung des Staates, die Elemente des Staates, die Regierungsformen, Gewaltenteilung, politische Parteien, Umfang der Staatstätigkeit, einige nationale und internationale Probleme; auch der „soziale Fortschritt (eine Frage, die sich allerdings nur normativ-sozialphilosophisch behandeln läßt).

Königsberg.

W. Sauer.

Gustav Seldler - Schmid, Die Systemgedanken der sogenannten Klassischen Volkswirtschaftslehre. Deutsche Beiträge zur Wirtschafts- und Gesellschaftslehre, herausgegeben von Othmar Spann und Georg von Below. Band 2. Jena, Gustav Fischer, 1926. 130 Seiten. Broschiert 6 RM.

Der Verfasser bemüht sich, darzulegen, daß Adam Smith und Ricardo sich — jeder in seiner Art — zwar eine durchsichtige Disposition für ihre nationalökonomischen Ideengänge, aber kein klares System darin zurechtgelegt hätten.

Es steht für mich fest, daß Smith als zünftiger Philosoph und Ricardo als praktischer Empiriker nur schwer zu etwa gleichlaufenden Systemgedanken gelangen konnten, wie schon die Abgrenzung des Gegenstandes bei beiden zeigt; Smith stellt die Reichtumsbildung eines Volkes auf die Arbeit und im besonderen die Arbeitsteilung ab, sowohl

die gesellschaftliche wie die technische, Ricardo will auf ein „Möglichst-gut-Genießen-wollen“ hinaus und beschränkt sich hierfür auf eine Ertragslehrenreihe, d. i. eine Preis- und Verteilungslehre.

Trotzdem besteht ein Gemeinsames für beide; sie zielen auf eine aus dem Geist des 18. Jahrhunderts geborene und bei Ricardo durch die Schäden der englischen Volkswirtschaft aus der Napoleonischen Kontinentalsperre gesteigerte individuelle wirtschaftliche Versorgtheit, die auf dem durch den staatlich gesicherten freien Wettbewerb korrigierten Eigennutz der Wirtschaftler aufbaut.

Wegen dieser postulativen Einstellung sind sie uns beide eine systematische Darstellung der Volkswirtschaft schuldig geblieben, sind vielmehr beide von der Einzelwirtschaft ausgegangen.

Zweifellos erklärt sich der literarische und der praktische Erfolg, vor allem von Adam Smith, grade aus dieser Enge der systematischen Einstellung. Denn der einzelne kann eben nur wirklich wirtschaften in einem geordneten Staatswesen bzw. einer klar ablaufenden Volkswirtschaft, wie sie dem England im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts hervorragend beschert war.

Daß die Volkswirtschaftslehre in der langen Zeit, die inzwischen vergangen ist, sich energisch auf die Volkswirtschaft selbst besonnen hat, und von der individualistisch-naturrechtlichen Einstellung ihrer Klassiker zu einer gesellschaftswissenschaftlichen vorgedrungen ist, beweist die Schrift von Seidler-Schmid recht gut. Der Systemgedanke der heutigen Nationalökonomie muß in der Tat gesellschaftswissenschaftlich angelegt sein, der von Smith und auch der Ricardo-ische vertreten dagegen eine einzelwirtschaftliche Grundlage.

Halle a. d. S.

Hellmuth Wolff.

Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich, 1926.

Herausgegeben vom Statistischen Reichsamte, 45. Jahrgang, Berlin, Reimar Hobbing, 1926.

In einem Bande, der 470 Seiten Tabellen über Deutschlands Bevölkerung, Wirtschaft, Bildung, Justiz, Finanz u. a., sowie 170 Seiten internationale statistische Übersichten über etwa die gleichen Gebiete enthält und 24 Tafeln mit internationalen Wirtschaftszahlen nebst etwa 60 graphischen Darstellungen als Anhang aufweist, ist der neueste Jahrgang des Statistischen Jahrbuchs für das Deutsche Reich erschienen. Er hält sich im wesentlichen im Rahmen des vorletzten (44.) Jahrgangs, der durch die Hinzunahme der internationalen Wirtschaftszahlen für die Konjunkturbeobachtung erstmalig ein neues Darstellungsprinzip der Statistik in ein amtliches Werk, dem der Charakter eines Quellenwerkes zusteht, trug.

Die statistische Beobachtung, einstmals begründet, um die Zustände im Staat zahlenmäßig festzuhalten, um gewissermaßen die Struktur des Staates — seine „Grundkräfte“ sagte man früher gern dafür — zu erforschen, soweit sie in Zahl und Maß ausgedrückt werden kann, ist durch Hinzutreten der Beobachtung der wirtschaftlichen und sozialen Vorgänge als Bewegungserscheinungen längst über den strukturellen Charakter ihrer Frühzeit hinausgelangt.

Die fortlaufende Beobachtung der Bewegungserscheinungen ist sogar ein viel größeres Arbeitsgebiet der amtlichen Statistik geworden, als es die Bestandsaufnahmen, wie z. B. Volkszählungen, Gewerbe- zählungen, Wohnungszählungen usw. zusammengekommen sind.

Der Vergleich solcher statistisch erfaßter Bewegungserscheinungen, das Abwägen dessen, welche von den statistisch erfaßbaren wirtschaftlichen und sozialen Vorgängen ein statistisches Vergleichen erlauben, die Beurteilung der Vergleichsresultate, das alles sind Aufgaben, denen sich die amtliche Statistik aus ihrer eigenen geschichtlichen Entwicklung hinaus nicht entziehen durfte.

Wenn sie hierbei den zeitlichen Vergleich immer stärker betont, während früher der äußerliche Vergleich überwog, so ist sie hiermit von selbst aus dem Stadium der Strukturbeschreibung in das Stadium der Konjunkturbeobachtung und Konjunkturdarstellung gelangt.

Wir sehen in dieser Entwicklungslinie der amtlichen Statistik die Gewähr, daß die statistischen Daten auf viel breiterer Basis nutzbringend verwertet werden können als ehemals. Wissenschaft und Praxis haben beide Vorteil von solcher thematischen Erweiterung amtlicher Veröffentlichungen, wobei die Methodenlehre der wissenschaftlichen Statistik und die Methodenlehre der sogen. praktischen Volkswirtschaftslehre, ja vielleicht die Methodenlehre der gesamten Sozialwissenschaften, noch fruchtbare Arbeit leisten kann.

Halle a. d. S.

Hellmuth Wolff.

Kriminalistische Abhandlungen, herausgegeben von Prof. Dr. Franz Exner, Leipzig. Verlag Ernst Wiegandt, Leipzig.

Die von Exner herausgegebenen „Kriminalistischen Abhandlungen“ sollen, wie es in der Ankündigung heißt, neben kriminalpolitischen in erster Linie kriminalpsychologischen und -statistischen Untersuchungen gewidmet sein und sich in den ersten Heften vornehmlich mit dem Einfluß des Weltkriegs auf die Kriminalität beschäftigen. Dieses Unternehmen ist lebhaft zu begrüßen. Ist doch die Kriminalpsychologie — wie alle Einsichtigen erkennen — berufen, die Hauptprobleme des Strafrechts: Schuld, Strafzumessung und Strafvollzug aus der Umklammerung der reinen Dogmatik und einer leider eingetretenen Schematisierung zu befreien und auf diesem Wege letzten Endes auch den alten Schulenstreit zwischen der sogen. klassischen und modernen Richtung im Strafrecht zu überbrücken, ein Gegensatz, der in seiner zugespitzten Form niemals hätte entstehen können, wenn man der Kriminalpsychologie den ihr gebührenden Anteil an der Lösung der Grundprobleme nicht verweigert hätte. Eine in diesem Sinne den Strafrechtsproblemen dienende Kriminalpsychologie, die nicht nur deskriptive Ziele verfolgt und damit lediglich Material liefert und notwendigerweise an der Oberfläche bleibt, steht zur Zeit noch in ihren ersten Anfängen. Wertvolles Material kann erst erwartet werden von einer Tiefenpsychologie, die zunächst dem Verbrechensmotiv ihre Aufmerksamkeit zuwendet und sich dabei auch all der Erkenntnismethoden bedient, die als Psychoanalyse bisher fast ausschließlich von Psychiatern verwertet, von Kriminalisten aber nahezu völlig unbeachtet gelassen worden sind. (Vgl. dazu Bohne, „Psychoanalyse und Strafrecht“, Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswiss., Bd. 47, S. 439 ff., und Mezger, „Moderne Strafrechtsprobleme“, 1927. Ferner: Lungwitz u. Nohl, Arch. f. Krim., Bd. 77, S. 304 ff., u. Prinzhorn, Dtsch. Richterztg., 18. Jg., S. 298 f.) Nimmt man dazu noch die Psychologie der Häftlinge, der Zeugen und Richter — auch befreit von der bisherigen deskriptiven Methode —, dann eröffnet sich eine Periode für die vertiefte Behandlung des Straf- und Prozeßrechts, von der

nicht wenig zu erwarten ist, nicht zuletzt auch eine Überbrückung der Kluft zwischen Richter und Volk, eine Ära größerer Gerechtigkeit, als sie die Anwendung reiner Rechtsdogmatik verbürgen kann. Es wäre zu wünschen, daß auch die „Kriminalistischen Abhandlungen“ diesem Ziele zuarbeiten.

I. **Exner**, Franz, Prof. Dr.: *Krieg und Kriminalität*. 1926.

Den ersten Beitrag zu den „Kriminalistischen Abhandlungen“ hat Exner selbst geliefert in einer Rede anläßlich der Universitäts-Gründungsfeier am 3. 7. 1926 in Leipzig. Verfasser zeigt zunächst, wie sich die Kriminalität im allgemeinen im Laufe der Kriegsjahre bewegt, wie sie in der allerersten Zeit des Krieges in der allgemeinen Begeisterung stark zurückgeht, dann in der Zeit angestrengter Pflichterfüllung — auch nach Abklingen der ersten großen Begeisterung — sich auf verhältnismäßig günstigem Stand hält; wie dann aber die Festigkeit und Widerstandskraft bei den Jugendlichen abzubröckeln beginnt, in der Epoche der Ermattung auch die Zahl der erwachsenen Rechtsbrecher ansteigt, und wie schließlich zur Zeit des Zusammenbruchs die Kriminalität zu jener in neuerer Zeit noch nicht dagewesenen Größe anschwillt. Verfasser wendet sich dann den einzelnen Deliktgruppen zu und weist hin auf das starke Anschwellen der Diebstähle und Vermögensdelikte und das verhältnismäßige Zurückbleiben der Körperverletzungen, eine Erscheinung, die zurückzuführen ist auf die Zusammenhänge zwischen Verbrechen und wirtschaftlicher Notlage, wie sie vor allem schon v. Liszt in seinen beiden berühmten Vorträgen: „Die gesellschaftlichen Faktoren der Kriminalität“ und „Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung“ (Strafr. Aufsätze und Vorträge, Bd. II, 230 ff. u. 433 ff.) betont hat. Im Zusammenhang damit streift Exner die Entwicklung der Kriminalität in den außerdeutschen kriegführenden und neutralen Ländern, zeigt auch hier, wie überall die wirtschaftlichen Verhältnisse bestimmend sind, wie der Krieg dort, wo er nicht, wie bei den Zentralmächten, die wirtschaftliche Not zur Folge hatte, auch nicht die Begleiterscheinungen auf dem Gebiet der Kriminalität mit sich gebracht hat.

Exners Arbeit ist eine Statistik ohne Zahlen und gibt einen ausgezeichneten Überblick, wenn sie auch nicht Anspruch auf Erfassung aller in Frage kommenden Verhältnisse erheben will und kann. So wäre vielleicht eine etwas schärfer ausgesprochene Berücksichtigung des Zusammenhangs zwischen der Vermehrung der Verbotsnormen und der Vermehrung der Normverletzungen am Platze gewesen und eine dementsprechende Korrektur der absoluten Verbrechenzahlen bei ihrer Bewertung. Ferner wäre zu bedenken, daß auch Ausnutzung fremder Not, die dem Verfasser ganz besonders ein Kennzeichen der Epoche größter wirtschaftlicher Notlage ist, der eigenen Not entspringen kann, und daß die hieraus erwachsene Kriminalität zum Teil wenigstens nicht unbedingt eine Folge „unwiderstehlicher Verlockung“ der guten Gelegenheit ist. Das Verdienst Exners liegt vor allem in der Fülle von Problemen, die er aufzeigt, die eine intensive individual- und massenpsychologische Einzelbearbeitung verdienen und deren Lösung im Rahmen eines Vortrags naturgemäß nur angedeutet werden konnte.

II. **v. Koppenfels**, Sebastian, Dr.: *Die Kriminalität der Frau im Kriege*. 1926.

Mit erfreulicher Gründlichkeit und durchweg zu billigen Ergebnissen untersucht Verfasser die Wandlung der weiblichen Kriminalität unter dem Einfluß des Krieges. Er führt dabei seine Untersuchungen

über den engen Rahmen des Themas hinaus zu den großen allgemeinen Gesichtspunkten: zu dem Einfluß der gesellschaftlichen Verhältnisse und ihrer einzelnen Ausschnitte auf die Kriminalität schlechthin. Gerade zur Prüfung dieses Fragenkomplexes bietet das vom Verfasser gewählte Stoffgebiet die günstigste Gelegenheit, da eine Milieuänderung solchen Umfangs auf eine statistisch genau erfaßbare Bevölkerungsgruppe kaum je sonst beobachtet werden konnte.

Verfasser zeigt zuerst den Stand der allgemeinen Kriminalität der Frau in der Vorkriegszeit, ihren Anteil an der Gesamtkriminalität, an den einzelnen Deliktsgruppen, die Verteilung der Verurteilungen auf die Altersstufen und Familienstände. Er untersucht sodann die allgemeine Frauenkriminalität im Kriege, ihre fortschreitende Entwicklung bzw. Rückbildung während der Kriegsjahre, den Anteil der verschiedenen Klassen. Er weist hin auf die Fehlerquellen, die in den Gesamtzahlen enthalten sind und deren Brauchbarkeit zu statistischen Zwecken erheblich beeinträchtigen, so daß auf die zahlenmäßige Erfassung der einzelnen Hauptdelikte unter den Frauen und den einzelnen Frauengruppen näher eingegangen werden muß. Die Untersuchungen und sorgfältigen Vergleichen der einzelnen Delikts- und Gruppenzahlen führen den Verfasser zu dem Ergebnis, in der wirtschaftlichen Not den wesentlichsten Faktor der Kriminalität zu sehen, der gegenüber alles andere, auch die sonst vielgenannte gute Gelegenheit, stark zurücktritt.

Erfreulicherweise läßt sich Verfasser von weitgehendem psychologischen Verständnis und Einfühlen leiten und vermeidet dadurch, den so oft schlagwortartig beklagten Erscheinungen Sittenverfall, Sittenlosigkeit und Genußsucht einen größeren Einfluß einzuräumen, als ihnen tatsächlich zukommt. Eine weitergehende Ergänzung der zahlreichen Tabellen durch graphische Darstellungen, wie dies S. 20 geschehen ist, hätte die Übersichtlichkeit der Darstellung erhöht. Daß die Zahlen des Krisenjahres 1918 nicht zugänglich waren, ist sehr zu bedauern. Alles in allem hat Verfasser eine ausgezeichnete Arbeit geleistet, die durch zahlreiche Verweisungen auf das sonstige Schrifttum auch gestattet, Einzelfragen weiter nachzugehen.

Köln.

Prof. Dr. Bohne.

Adolf Lenz, Prof. an der Universität Graz, Vorsteher des Kriminologischen Instituts, Grundriß der Kriminalbiologie, Werden und Wesen der Persönlichkeit des Täters nach Untersuchungen an Sträflingen. Wien (J. Springer), 1927. 252 S.

In dankenswerter Weise legt der Verfasser seine langjährigen Erfahrungen als Institutsleiter in einem durch strenge Systematik, methodischen Aufbau, Fülle an Erfahrungstatsachen nebst Beispielen und Belegen ausgezeichneten Grundriß nieder. Das Verhältnis der Kriminalbiologie zur Strafrechtswissenschaft wird mit Recht bezeichnet als das einer empirischen zur zugeordneten normativen Wissenschaft (S. 21). Der Verfasser legt aber nicht nur eine Kriminalpsychologie vor, sondern geht über diese in zweifacher Weise hinaus. Er bietet auch eine Physiologie insofern, als er der körperlichen Beschaffenheit des Verbrechens maßgebenden Einfluß auf dessen Seelenleben zuspricht (S. 11 u. a.). Und ferner enthält die Kriminalbiologie auch einen bedeutenden Einschlag von Soziologie, obwohl der Verfasser unter teilweiser Anlehnung an v. Liszt der Biologie ausdrücklich die

Soziologie gegenüberstellt (S. 20). Das ist methodisch richtig; daß der Verfasser aber weitgehend die „Umwelt berücksichtigt mit der selbstverständlichen Einschränkung, daß sie auf die Persönlichkeit des Täters einwirkt“, ist ein Beweis, daß nicht nur Naturwissenschaft, sondern auch Soziologie jener von dem Verfasser zum Gegenstand seines Werkes gewählte tatsächliche Unterbau der normativen Strafrechtswissenschaft ist. Und da die zwar nicht den einzigen, aber wesentlichsten Gehalt des Buches abgebende Psychologie nicht natur-, sondern geisteswissenschaftliche Behandlung erfährt, da die Beziehungen des Verbrechers zu anderen Menschen dargestellt werden, so ist die Kriminalbiologie in der Tat nicht nur Naturwissenschaft, sondern auch Soziologie. Kann doch die „Persönlichkeit“ voll begriffen werden nur als Teil des sozialen Lebens, nicht etwa nur als Teil des Naturgeschehens, auch nicht etwa als isolierte Größe. Insofern weichen wir von der Grundauffassung des Verfassers ab, was aber der Anerkennung der Ziele und der Ergebnisse der Untersuchungen des Verfassers selbstverständlich nicht im Wege steht. Im einzelnen kann ein Referat an dieser Stelle den Reichtum des Buches nicht entfernt wiedergeben.

Die Persönlichkeit wird aufgefaßt als eine Ganzheit von ererbten und erworbenen Dispositionen und Strukturen; aus ihr entspringt das Verbrechen als Erlebnis innerhalb der Entwicklung des individuellen Lebensablaufs. Die Eigenart des Individuums besteht in der eigenartigen Gestaltung der Außenweltsgesetze in seiner Innenwelt, so daß Allgemeingeseztlichkeit und Individualgesetlichkeit keine Gegensätze im Einzelleben bedeuten. Es werden zwar typische Neigungen und Strukturen der Verbrecherpersönlichkeit aufgestellt, ja die Bestimmung dieser Typen nimmt den großen zweiten Teil des Buches ein (S. 135 ff.); jedoch wird mit Recht ein „Verbrechertypus“ im Sinne Lombrosos (auch in seiner späteren einschränkenden Auffassung) abgelehnt, vielmehr wird der Verbrecher als „individuelles Wirkungssystem, das sich u. a. auch in kriminellen Lebensäußerungen auswirkt“, erfaßt. „Typisch“ ist alles, was bei der Beobachtung einer Reihe von individuellen Erscheinungsformen derselben Art von Lebensäußerungen als wiederkehrend beobachtet und daher als Regel des Lebens (d. i. m. E. „soziale Gesetzmäßigkeit“) betrachtet werden kann (S. 10). In einer ausführlichen „Tafel des Lebenslaufes“ werden die einzelnen individuellen wie sozialen Faktoren aufgezählt, die für die Verbrechensbegehung wesentlich werden können (S. 45 ff.); sie sind geordnet nach Kindheit, Jugend und Vollreife; in dem letzten Stadium sind bedeutungsvoll Beruf und Arbeit, Militärdienst, Geschlechtsleben, Lebensgenuß (Rauschgifte), Wirtschaft, religiöses Leben, geselliger Verkehr, Rechtsleben, Wirkung von Freiheitsstrafen, „gestaltende Erlebnisse aus dem Lebenslauf“ (diese Gruppe erscheint mir besonders wichtig; genannt werden u. a. Kränkung, Bevorzugung anderer, Enttäuschung in Beruf, in Liebe, in Ehe, widerfahrenes Unrecht, Verarmung). Verfasser unterscheidet nicht Gelegenheits- und Gewohnheitsverbrecher (Wahlberg, zahlreiche Gesetze), auch nicht Augenblicks- und Zustandsverbrecher (v. Liszt), sondern Umwelts- und Persönlichkeitsverbrecher, exogene und endogene Kriminalität, eine Gegenüberstellung, der sachlich zugestimmt werden darf.

Möge das Studium des trefflichen Buches anregend wirken und zur Ergänzung der Untersuchungen auffordern. Auch bei der richterlichen Strafzumessung werden die Erkenntnisse nützlich sein. Für spätere

Auflagen wird mancher Leser vielleicht in den tabellarischen Auszügen aus den Strafregistern nicht nur die Angabe des Paragraphen des österr. StGB., sondern auch die Bezeichnung des Verbrechenstatbestandes (Beleidigung, Einbruchsdiebstahl usw.) begrüßen.

Königsberg i. Pr.

W. Sauer.

Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts von Dr. **Johannes Baptist Sägmüller**, Professor der Theologie an der Universität Tübingen. Vierte, auf Grund des Codex Iuris Canonici vollständig umgearbeitete Auflage. Zwei Bände. gr. 8°. Erster Band, Erster Teil: Einleitung. Kirche und Kirchenpolitik. (VIII u. 150 S.) Freiburg i. Br. 1925, Herder. 6 RM.

Das Sägmüllersche Lehrbuch bedarf keiner Empfehlung mehr. Schon gleich bei seinem Erscheinen im Jahre 1904 hat es sich seinen Platz in der Kirchenrechtsliteratur erobert und ist seitdem mit seinen Neuauflagen von 1909 und 1914 das führende Lehrbuch auf katholischer Seite gewesen und auch auf evangelischer Seite wärmstens anerkannt worden. Die Neugestaltung des katholischen Kirchenrechts durch den Codex Iuris Canonici von 1918 und des deutschen Staatskirchenrechts durch die Weimarer Verfassung haben eine Umarbeitung des Werkes nötig gemacht, und es ist dem Altmeister hoch anzurechnen, daß er die entsagungsvolle Aufgabe selbst übernommen hat. Durch die Legalordnung des CIC. ist eine z. T. andere Einteilung des Stoffes und durch die Neubildungen eine wesentliche Erweiterung der Darstellung verursacht worden (der hier zur Besprechung vorliegende Teil zählt 150 Seiten gegenüber 64 in der ersten Auflage). Ich will nicht Einzelheiten anführen, so verlockend die Stellungnahme zu manchen Punkten auch ist; aber bei der Tiefgründigkeit des Ganzen und der Beherrschung und sorgfältigen Verwertung aller, auch entfernterer, Literatur, die uns bei S. entgegentritt, wäre es Kärnerarbeit am Bau des Königs. Daher unterlasse ich es.)*

Königsberg (Pr.)

Nottarp.

*) Inzwischen ist übrigens der zweite Teil des ersten Bandes erschienen; er liegt nicht vor.

Verhandlungen des 5. Preußischen Richtertags und der Vertreterversammlung des Preußischen Richtervereins zu Kassel am 10. u. 11. Oktober 1926. Herausgegeben vom Vorstand des **Preußischen Richtervereins**. 1926. Verlag Otto Liebmann, Berlin. 163 S. Pr. kart. 2 RM.

In diesem Sammelbande werden zu einem erstaunlich niedrigen Preise nicht nur die gesamten Verhandlungen des Richtertages der Öffentlichkeit unterbreitet, sondern zugleich die sämtlichen dort gehaltenen Vorträge. Sowohl der vom Vorsitzenden, Landgerichtsdirektor Dr. Pracht (Berlin) erstattete Jahresbericht, wie auch die gehaltvollen, inhaltsreichen Reden, die sich sämtlich mit den wichtigen Fragen einer zeitgemäßen Gerichtsorganisation und Rechtspflege befassen, verdienen auch außerhalb der Kreise des berufsmäßigen Richtertums ernstliche Beachtung. Allenthalben findet sich sowohl in den wissenschaftlichen Vorträgen wie auch in den Reden ein freudiges Bekenntnis zum gegenwärtigen deutschen Volksstaate, das seinen

Niederschlag in der Entschließung gefunden hat, daß die preußischen Richter und Staatsanwälte ihre „unerschütterliche Verfassungstreue bekunden . . . und es insbesondere als ihre Pflicht betrachten, die Verfassung der Republik als das oberste Gesetz des deutschen Volksstaates zu stärken“.

Die sämtlichen gehaltenen Vorträge bewegen sich auf beachtenswerter wissenschaftlicher Höhenlage und bieten dem aufmerksamen Leser, auch dem Nichtjuristen, eine Menge wertvoller Anregungen. Über „Grundprobleme des deutschen und preußischen Verfassungsrechts“ sprach Universitätsprofessor Dr. Stier-Somlo (Köln); über „Wissenschaftliche Fortbildung“ Oberverwaltungsgerichtsrat v. Stempel (Berlin); über „Psychologie und Rechtspflege“ Landgerichtsdirektor Dr. A. Hellwig (Potsdam); über „Österreichisches Gerichtswesen“ Oberlandesgerichtsrat und Universitätsprofessor Swoboda (Graz); über den „Stand der Strafrechtsreform“ Kammergerichtsrat Universitätsprofessor Dr. Klee; über „Die Aufwertung in der Praxis“ Amtsgerichtsrat Ricks (Berlin); über „Justizverwaltungsreform“ Amtsgerichtsdirektor Dr. Winter (Berlin). Für die Leser dieser Zeitschrift aber ist von besonderem Interesse der geistvolle und tiefeschürfende Vortrag des Marburger Rechtslehrers Jung über „Rechtsphilosophische Fragen im praktischen Rechtsleben“ (S. 66—97). Als Neukantianer und Schüler Rudolf Stammfers von einem erkenntnis-kritischen Idealismus ausgehend, nimmt er insbesondere zu den drei großen Hauptrichtungen der Verneinung des „Rechts des Rechtes“ Stellung, nämlich dem Anarchismus des Max Stirner „Der Einzige und sein Eigentum“, der die Begründbarkeit sittlicher Werturteile überhaupt leugnet, sodann zu der „pazifistischen“ Lehre, wie sie insbesondere Leo Tolstoi vertritt, daß der Staat sittlich nicht berechtigt sei, Rechtszwang auszuüben, und endlich zu der „sozialistisch-kommunistischen Lehre der Verwerflichkeit des Privateigentums“ überhaupt. In guter logischer Beweisführung gelingt es ihm, die Unhaltbarkeit der drei Richtungen nachzuweisen. Wünschenswert wäre es freilich gewesen, wenn der Verfasser mit der gebotenen begrifflichen Schärfe betont haben würde, daß die dritte Hauptrichtung sich insofern ganz grundlegend von den beiden ersten unterscheidet, als sie die Notwendigkeit irgendeines Rechtszwanges überhaupt nicht in Abrede stellt, sondern sich nur gegen die Berechtigung des Privateigentums auf gewissen Wirtschaftsstufen richtet und als die Lehre des Sozialismus im begrifflich denkbar schärfsten Gegensatz zur Lehre des wissenschaftlichen Kommunismus keineswegs alles und jedes Privateigentum beseitigen will, sondern nur dasjenige an den Produktionsmitteln. Die Ergebnisse seiner wertvollen Ausführungen faßt Jung in den fraglos richtigen Satz zusammen: „auch bei höchster Rechtskultur und vielleicht sogar gerade dann (Referent erklärt „sicher sogar gerade dann“) kann das Rechtsleben und die Rechtsanwendung des Rückgriffs auf die obersten sittlichen Grundlagen der Rechtsordnung oder auf das Rechtsgewissen nicht entbehren“. Es bedeutet fraglos ein Verdienst des Verlags, das ungemein anregende Werk zu einem Preise herausgebracht zu haben, der auch dem wenig Bemittelten seine Anschaffung ermöglicht. Es verdient weiteste Verbreitung.

Kiel. Oberlandesgerichtsrat Dr. jur. und phil. B o v e n s i e p e n,
Präsident der Reichsdisziplinarkammer in Schleswig.

Fritz Morstein Marx. Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes. — Berlin-Grunewald, Verlag Rothschild, 1927. — 157 S.

Morstein Marx widmet dem unter der Bezeichnung „richterliches Prüfungsrecht“ bekannten Problem diese Monographie, nachdem seit meiner 1918 erschienenen Schrift „Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung“ sich wohl eine Flut von Tinte über jene alte, vielerörterte Frage ergossen hat, aber (abgesehen von zahlreichen Dissertationen) eben nur in Form von Aufsätzen oder gar nur gelegentlichen Anmerkungen. M. M. unternimmt es dabei nicht etwa, das Thema nach allen Seiten hin zu untersuchen — dies würde ja einen weit größeren Umfang der Schrift bedingen —, sondern stellt lediglich einige Betrachtungen über die Frage an, und diese auch nur hinsichtlich der Frage der Prüfung der materiellen Verfassungswidrigkeit der Gesetze. Die Frage der Prüfung der Verordnungen — die ja keine „Frage“ mehr ist — läßt er außerhalb seiner Betrachtung, desgleichen die Frage der Prüfung der formellen Verfassungswidrigkeit der Gesetze, sowie die keinen Streitpunkt bildende Prüfung der Vereinbarkeit von Landesrecht mit Reichsrecht. In dieser Begrenzung gibt M. M. also „Variationen“, wie es in dem Titel der Schrift heißt, welcher Titel freilich, wie der Inhalt der Schrift zeigt, nicht ganz zutreffend ist, denn sie enthält nicht bloß „Variationen“, sondern stellt eine systematische Begründung einer eigenen Ansicht von M. M. dar, im letzten Abschnitt gipfelnd in dem Ergebnis, welches M. M. mit seinen ganzen vorherigen Ausführungen herbeizuführen sucht. — Der Inhalt der Schrift läßt sich kurz dahin kennzeichnen, daß M. M. auf Grund der insbesondere von Thoma hinsichtlich jenes Problems angewandten „Theorie der Interessenabwägung“ die Zuständigkeit der Gerichte zur Prüfung der materiellen Übereinstimmung der Gesetze mit der Verfassung *de lege lata* bejaht (in striktem Gegensatz zu Thoma selbst). Etwas eigentlich Neues gibt M. M. also nicht. Denn die „Theorie der Interessenabwägung“ war ja schon von Thoma hinsichtlich der Frage des richterlichen Prüfungsrechts durchgeführt worden (M. M. legt denn auch Thoma ausdrücklich zugrunde, z. B. S. 34 und 153), und die sich ebenfalls von der logisch-dogmatischen Methode fernhaltenden Ausführungen Triepels und Bühlers waren auf Grund ähnlicher Erwägungen schon zur Bejahung des Prüfungsrechts gelangt. Es ist nur das, daß M. M. die Gedankengänge Thomas noch ausdehnt und sie auch — zum Teil — tiefer und breiter fundiert und hieran dann das Für und Wider des Prüfungsrechts eingehender erörtert, als Thoma es in seinem nur kurzen Aufsätze (Referat) tun konnte. Daß M. M. zu einem entgegengesetzten Ergebnis gelangt wie dieser, bedeutet dabei nichts Überraschendes, denn die Subjektivität, welche mit dem Moment der Interessenabwägung verbunden ist (siehe noch w. u.), trägt es schon in sich, daß andere Autoren die Interessen der Allgemeinheit anders bewerten.

Der Inhalt der Schrift ist kurz folgender: In der Einleitung beschäftigt sich M. M. mit dem Gegenstand, der Rechtfertigung und der Abgrenzung der Untersuchung. (S. 1—24.) Es erscheint hierin von Bedeutung, daß M. M. die Bezeichnung des Problems als „richterliches Prüfungsrecht“ ablehnt, weil von einem „Recht“ keine Rede sein könne,

und die zuerst von Perels gebrauchte Bezeichnung „Prüfungszuständigkeit“ wählt. Daß die Bezeichnung „Prüfungsrecht“ nicht das richtige trifft, ist freilich schon längst erkannt worden (s. meine oben zit. Schrift S. 308, 311). Insofern empfiehlt es sich in der Tat, einen anderen Ausdruck zu wählen. Es handelt sich ja bei der Prüfung um einen Teil der richterlichen Funktion (sofern man den Richter zur Prüfung befugt erachtet) und man kann also vielleicht von einer „Prüfungsfunktion“ sprechen. — Beifall verdient der deutliche Hinweis darauf, daß die Frage der richterlichen Prüfungsfunktion von außerordentlich großer Tragweite für das Staatsleben ist und also in hohem Maße das Interesse der Allgemeinheit verdient (S. 5). Rezensent hat selber wiederholt erfahren müssen, daß die Nichtfachkreise für die praktische Bedeutung der Frage nicht das geringste Verständnis haben und auch dem gegenwärtig der Reichsregierung vorliegenden Gesetzentwurf, welcher die Prüfungsfunktion zu regeln sucht, wenig Aufmerksamkeit entgegenbringen. — Interessant sind die Ausführungen S. 6 ff., in welchem der Verfasser die Bedeutung der Prüfungsfunktion für den „Individualismus“ einerseits, den „Universalismus“ andererseits dartun will; es gehören diese Betrachtungen zur allgemeinen Rechtstheorie des Problems, worüber noch w. u. einiges zu sagen sein wird. — S. 11 ff. berührt Verfasser bereits die im Hauptteil breiter ausgesprochenen methodologischen Erwägungen. Er zeigt am Beispiel des Aufwertungsproblems, wie sich der Schwerpunkt der Rechtsfindung in der Richtung der „vom Willen zum angemessenen Ergebnis getragenen Interessenabwägung“ verschoben habe. Damit rührt M. M. hier bereits an dem — weiter unten zu würdigenden — Kernpunkt seiner Schrift. — Die vom Verfasser seiner Arbeit gezogenen Grenzen (S. 16 ff.) sind schon genannt. Als eine Grenze der richterlichen Prüfungsfunktion schlechthin gibt M. M. S. 21 ff. an, daß niemals der Richter ein Gesetz daraufhin prüfen könne, ob es gegen Treu und Glauben, unsittlich usw. sei, weil die Verfassung den Gesetzgeber nach dieser Richtung hin nicht verpflichte. Es ist hierin wohl M. M. — entgegen dem Beschluß des Richtervereins der Reichsgerichtsräte v. 5. 1. 24 und entgegen anderen Autoren — beizupflichten. Freilich geht M. M. nicht auf die Frage ein, ob bei Bejahung der Prüfungszuständigkeit nicht auch die Prüfung der Innehaltung ganz allgemeiner Prinzipien sehr wohl in Betracht kommen und hier also völlige Subjektivität Platz greifen kann. Z. B. könnte ein Gesetz als als undemokratisch und also mit dem rechtlichen Wesen der Weimarer Verfassung als unvereinbar angesehen werden. Einen Beleg für diese Auffassung gewährt z. B. die Schrift des Rechtsanwalts Bendix über das „Streikrecht der Beamten“, (2) 1922, worin dargetan wird, daß die aus der früheren Zeit überkommenen Beamtenengesetze mit dem demokratischen Prinzip der neuen RV. teilweise unvereinbar und daher insoweit ungültig seien (!). Auch einzelne Artikel der RV. enthalten sehr dehnbare Begriffe; z. B. ist nach Art. 164 der Mittelstand gegen „Überlastung und Aussaugung“ zu schützen. Und neuerdings will ja eine Theorie das Gleichheitsprinzip der Verfassung auch als Schranke für den Gesetzgeber angesehen wissen. Auch hier würden sich weittragende Folgen für die Prüfungszuständigkeit ergeben. Mag man jenen Ansichten zustimmen oder nicht, jedenfalls dürfen sie nicht übersehen werden. Und dies um so weniger, als ja gerade die neueren Bejaher der Prüfungszuständigkeit (z. B. Triepel, Bühler) sich auf den „Geist“ der Weimarer Verfassung berufen. Berücksichtigt man ihn

hier, so kann man ihn im übrigen nicht wieder beiseite schieben. — Daß der Verwaltungsbeamte und der Private keine selbständige Prüfungsfunktion haben, wird S. 23 richtig bemerkt. Bei dem Verwaltungsbeamten liegt aber die „eigene Gefahr“ in ganz anderer Richtung als bei einem Privaten. Beides müßte also getrennt dargelegt werden.

S. 25 beginnen die Ausführungen des Hauptteils (I. Teil: Grundlegung, II. Teil: Die Varianten der Kontroverse). Als erstes finden wir hier längere Erörterungen über die „Methode“, welche ja überhaupt das ganze Buch von M. M. bestimmt und schließlich zu dem von ihm gewollten Ergebnis: Bejahung der Prüfungszuständigkeit, führt. Auszugehen, so meint M. M., sei davon, daß die RV. selber keine positivrechtliche Regelung getroffen habe. Auch in der Vorschrift des Art. 70 (Ausfertigung) stecke keine, und ebenso nicht in Art. 13 II (Prüfung der Vereinbarkeit von Landesrecht mit Reichsrecht). Auch ein „Wille des Gesetzgebers“ sei in keiner Richtung anzunehmen. All dem ist beizustimmen. Verfasser fährt dann fort: Da die Rechtsordnung schweige, so müßten „alle Versuche, sie mit dem ganzen logisch-dogmatischen Folterzeug des Juristen zum Reden zu bringen, notwendigerweise scheitern“. (Ebenso auch nach S. 44, 45). Wenn eine logisch vorgezeichnete Deduktion entfalle, so bleibe nur folgender Weg: ein als angemessen angesehenes Ergebnis werde ins Auge gefaßt und es werde dann geradewegs auf dieses zugeschritten. Das Ergebnis des Weges bestimme sich durch die „sorgfältige Abwägung sämtlicher von dem jeweiligen Problemkreis überschrittenen Interessen“. Doch nur die wirklichen staatlichen Notwendigkeiten hätten hier zu entscheiden, nicht das, was sein sollte! Wie sich aus dem weiteren Inhalt der Schrift ergibt, ist dies der Weg, den M. M. selber zur Lösung der Frage einschlägt. Jene Sätze bilden also die Grundlegung seiner Arbeit. Er sucht dann alle Einwände, die man hiergegen erheben könnte, insbesondere in der Richtung des Schwankens der jeweiligen Anschauungen und dgl., von vornherein zu entkräften. Vernunftgebundene Interessenabwägung bedeute nicht Herrschaft politischer Einseitigkeit oder gar Herrschaft der Parteipolitik. Außerdem werde im konkreten Augenblick nur eine Haltung als begründet erscheinen, indem sich schließlich eine Befestigung in der Richtung der Bildung einer herrschenden Meinung ergebe. (S. 39 bis 45.) — Die weiteren Paragraphen des 1. Teils betreffen (S. 45 bis 52) die Frage, ob und wie weit Rechtsvergleichung das Problem fördere (was M. M. mit Recht verneint), dann (S. 52 bis 62) die Beziehung zum Rechtszustande des Reichs vor der Umwälzung (wobei er jede Beziehung ablehnt, weil die Legislative früher nur ein Faktor der Gesetzgebung gewesen sei, während sie heute der Faktor sei, außerdem mit dem Niedergang der Staatsautorität auch die Autorität des Gesetzgebers Einbuße erlitten habe, womit der von Thoma gezogene Schluß auf die angebliche deutsche Tradition der Prüfungsablehnung entfalle) und schließlich (S. 62 bis 72) die Bildung einer herrschenden Meinung (welche er in der Richtung der Bejahung der Prüfungszuständigkeit — seit der Umwälzung — mit zahlreichen Literaturstimmen und Entscheidungen zu belegen sucht).

Der II. Teil des Hauptteils, betitelt „Die Varianten der Kontroverse“, beschäftigt sich zunächst mit der Frage, ob die RV. imstande sei, sich selber gegen den einfachen Gesetzgeber zu schützen, alsdann

mit den Momenten, welche für und wider einen Verfassungsschutz gerade durch den Richter sprechen, des weiteren dann mit der in der Literatur vorgeschlagenen Regelung, welche entsprechend Art. 13 II einem einzelnen obersten Gericht die Prüfung anvertrauen will, und schließlich mit der eigenen Ansicht des Verfassers, welcher de lege lata die Prüfungszuständigkeit als jedem Richter gegeben ansieht. — Die Frage, ob die RV. sich selber gegen den einfachen Gesetzgeber schütze, wird von M. M. (S. 73 bis 86) entgegen Radbruch verneint. Sicher ist M. M. hier im Recht. Die Frage freilich, ob denn jede Verfassung unbedingt schutzbedürftig sei — auch die flüchtigst zustande gekommene oder vom Volkskörper gar nicht aufgenommene —, wird von M. M. gar nicht aufgeworfen, er scheint das als selbstverständlich zu bejahen. — Weil nun die anderen Faktoren versagen, so kommt M. M. darauf hinaus, daß der Richter zum Schutze der Verfassung berufen sei. Er sucht dies (S. 86 bis 104) des näheren zu begründen, indem er sowohl die Momente untersucht, welche man gegen die Geeignetheit des Richters geltend gemacht hat, als auch die, welche für den Richter sprechen. Er trifft hierbei eine Auswahl, indem er bloß diejenigen Momente heranzieht, welche ihm wesentlich erscheinen. Diese Auswahl ist natürlich recht persönlich, andere werden auch noch sonstige Momente für wesentlich halten. Die von M. M. als „subjektiv“ (d. h. in der Person des Richters liegenden) Momente bezeichneten Bedenken der „Weltfremdheit“ und der „Verfassungssabotage“ werden von ihm — mit Recht — zurückgewiesen. Unter der Überschrift „objektive Momente“ beschäftigt er sich mit dem „Verhältnis von Legislative und Justiz zueinander“ und mit der Befürchtung einer „Politisierung der Rechtspflege“ infolge der Prüfungszuständigkeit. Wenn man gesagt hat, daß mit der Prüfung der Richter sich über den Gesetzgeber stelle, was seiner durch die Gewalterteilung begründeten Stellung widerspreche, so sucht M. M. dies zu entkräften, indem er — die Verfassung als höhere Norm ansehend — sagt, daß der Richter mit der Prüfung ja nur die Partei der Verfassung und damit des Staatsvolks, des Souveräns in der Demokratie, ergreife. Die Gesetzgebung sei nur von der Verfassung abgeleitete Gewalt. Dasselbe wird von ihm nochmals an späterer Stelle (S. 147 ff.) des näheren begründet, wobei er diese Ausführungen benutzt, um damit zu dem — insbesondere schon von Stoll vertretenen, von ihm selber voll aufgenommenen — Gedanken überzuleiten, daß die richterliche Prüfungszuständigkeit sich überhaupt aus dem Rechtsstaatsgedanken heraus rechtfertige. Diese Darlegungen, welche das Verhältnis von Legislative und Justiz zueinander zum Gegenstand haben, erscheinen von größter Wichtigkeit. Denn jenes Verhältnis (Gewaltenteilung) ist das Rückgrat gerade der wichtigsten logisch-dogmatischen Theorien zum richterlichen Prüfungsrecht, welche hier freilich ganz anders wie M. M. denken. Die Kritik wird also gerade diesem Punkte ihre besondere Aufmerksamkeit zuzuwenden haben. Das weitere objektive Moment — Befürchtung einer Politisierung der Rechtspflege — weist M. M. scharf zurück. Aber es handelt sich bei dem, was Radbruch in jener Richtung geäußert hat, ja nicht um bewußt politische Rechtsprechung — die Integrität des deutschen Richterstandes steht auch in dieser Richtung fest —, sondern um unbewußte Einflüsse, die sich gerade bei der Prüfung, ob ein Gesetz der Verfassung entspreche, geltend machen können. Solche Bedenken sind

sehr wohl da. (Freilich können sie bei der Frage, ob die Richter die Prüfungszuständigkeit haben sollen oder nicht, keineswegs entscheidend ins Gewicht fallen. Denn sonst müßte man dem Richter auch noch allerhand sonstige Zuständigkeiten aberkennen, bei denen ähnliche Bedenken obwalten.) — Die von der Literatur vorgeschlagene Regelung, welche entsprechend Art. 13 II die Prüfung einem einzelnen obersten Gericht anvertrauen will, wird von M. M. (S. 105—143) einer eingehenden Betrachtung unterworfen. Da gegenwärtig der Reichsregierung ein Gesetzentwurf vorliegt, welcher die Prüfung — mit starken Beschränkungen — dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich übertragen will, so sind jene Ausführungen von besonders aktuellem Interesse, insbesondere erscheinen sie, soweit sie jenen — in der Tat höchst mangelhaften — Gesetzentwurf zum Gegenstand haben, der Beachtung wert. Im übrigen scheinen freilich die Ausführungen, soweit sie sich gegen die Berufung nur eines obersten Gerichts dem Prinzipie nach wenden, über das Ziel hinauszuschießen. Die Einrichtung läßt sich denn doch gegenüber dem jetzigen Art. 13 RV. oder dem österreichischen Vorbild oder gar gegenüber dem genannten Entwurf stark verbessern. Jeden Mißbrauch (z. B. Prozeßverschleppung) wird man natürlich nicht verhindern können. — Was dann M. M. (S. 143 bis 152) schließlich über seine eigene Ansicht sagt, daß das „volle“ richterliche Prüfungsrecht *de lege lata* gegeben sei, ist im wesentlichen nur eine Zusammenfassung oder eine Wiederholung von schon im vorherigen Gesagten. Daß er dabei insbesondere den Rechtsstaatsgedanken heranzieht, wurde schon erwähnt. Ein Bedenken an der Exaktheit des von ihm gewonnenen Ergebnisses kann M. M. selber nicht unterdrücken. Aber, so meint er, die Rechtswissenschaft müsse auf Exaktheit überall da verzichten, wo sie auf „Lücken“ stoße.

Soweit Morstein Marx. Zu einzelnen Punkten ist schon im Vorstehenden Kritik geübt oder Zustimmung gegeben worden. Es bleiben noch die Hauptpunkte, auf die sich die eigentliche kritische Betrachtung beziehen muß, nämlich 1) die juristische Beweisführung, einmal negativ in der Richtung der Ablehnung der bisherigen logisch-dogmatischen Theorien, zum andern positiv in der Richtung der Bejahung des Prüfungsrechts auf Grund der Theorie der Interessenabwägung, 2) die — nur gelegentlichen — Erörterungen zur allgemeinen Rechtstheorie des Problems. Hinsichtlich des 3. Hauptpunkts, welchen die Erörterungen von M. M. enthalten und ebenfalls für sich kritisch zu werten wären, nämlich die Erörterungen *de lege ferenda* — es handelt sich hauptsächlich um das S. 105 ff. hinsichtlich der Übertragung der Prüfung an ein oberstes Gericht Gesagte — kann in diesem engbegrenzten Rahmen das dazu schon oben kritisch Bemerkte genügen.

Zu 1): M. M. nennt seine Methode der Interessenabwägung eine juristische Beweisführung. Wenn die Rechtsordnung schweige, so gebe es zwei Wege. Der eine führe von Argument zu Argument und schließlich zu einem Zufallsergebnis, der andere fasse ein als angemessen befundenes Ergebnis fest ins Auge und schreite darauf entschlossen zu, auf Grund sorgfältiger Interessenabwägung (S. 34). M. M. verwirft also, indem er sich zu dem zweiten Wege bekennt, die logisch-dogmatische Methode. Eine Widerlegung der zu dem Problem geäußerten logischen Theorien versucht freilich M. M. nicht,

auch nicht derjenigen, die noch heute von sehr namhaften Autoren vertreten werden. Es hätte aber von dem Verf. nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, daß Thoma mit seiner Interessentheorie auf der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer auf recht heftigen Widerstand gestoßen ist. Wie Nawiasky in DJZ. 1923 S. 41 mitteilt, soll dort folgende These starken Anklang gefunden haben: „Die neue RV. enthält zwar keine ausdrücklich die Frage regelnde Norm, wohl aber andere Normen, aus denen sich als Vordersätzen eine eindeutige Lösung zwingend ergibt.“ Allerdings bildet dann die 3. These in Verbindung mit der 6. mit der Behauptung, daß die Verf. bestimme, wie ein Gesetz richtig zustandekomme und daß daher der Richter die Verfassungsmäßigkeit zu prüfen habe, die alte *petitio principii*, die schon längst und oft in der Literatur widerlegt ist (s. m. oben genannte Schrift S. 100 ff.), aber das ist hier gleichgültig. Es kommt hier nur darauf an, M. M. gegenüber zu betonen, daß die geltende Rechtsordnung Normen enthält, aus denen das Verhältnis von Gesetzgebung und Justiz zueinander logisch bestimmbar ist. Und soweit logische Momente überhaupt vorhanden sind, müssen sie von Juristen beachtet werden. Zwar ist nach Auffassung des Rezensenten die Rechtswissenschaft keineswegs eine reine Normwissenschaft und ist die Logik in der Rechtswissenschaft überhaupt nur als „Arbeitsmittel“ (vgl. Sauer in dieser Zeitschrift 1925 S. 298/99) anzusehen, welches dort, wo echte Lücken in der Rechtsordnung vorhanden sind, notwendig gegenüber anderen — nicht in der logisch-juristischen Ebene liegenden — Arbeitsweisen zurücktreten muß. Aber eben doch nur dann, wenn solche Lücken vorhanden sind. Und es ist entschieden zu leugnen, daß mit dem Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung über das Prüfungsrecht eine vollständige Lücke klafft, die eben nur durch außerlogische Erwägungen ausgefüllt werden könnte. Vielmehr sind, wie die oben mitgeteilte These richtig sagt, Normen vorhanden, aus denen als Vordersätzen sich Folgerungen für das Prüfungsrecht logisch ableiten lassen. Im wesentlichen sind für die Frage der Prüfungsfunktionen maßgebend diejenigen Normen, welche die „Gewaltenteilung“ bestimmen, die ja überhaupt das Rückgrat der Verfassungsordnung der modernen Staaten bildet. Bekanntlich leitet man im modernen Verwaltungsrecht aus der Gewaltenteilung allerhand Rechtliches für das Verhältnis von Verwaltung und Justiz zueinander her; eine solche rechtliche Ableitung für das Verhältnis von Justiz und Gesetzgebung zueinander zu verneinen, liegt kein Grund vor, auch müßte doch wohl überhaupt der Beweis geführt werden, daß gerade für dieses Verhältnis die Gewaltenteilung rechtlich nichts besagt. Ein solcher Beweis kann freilich niemals geführt werden. Ein bloßer Hinweis auf das Bestehen vieler, gegensätzlicher logischer Theorien — dies allein finden wir bei M. M. als Grund für die Ablehnung der logischen Theorien angegeben — kann doch keineswegs genügen. Wer diese zahlreichen Theorien näher prüft, wird schließlich finden, daß die Theorien, welche nicht lediglich von einigen Außenseitern vertreten werden, gar nicht mal so zahlreich sind. Es handelt sich hauptsächlich um die Ausfertigungstheorie, die immer weniger Anhänger findet, und dann um zwei Hauptmeinungen, welche auf der Gewaltenteilung fußen. Hier stößt man freilich auf große Schwierigkeiten. Zeigt sich, daß diese tatsächlich nicht zu überwinden sind, indem sich hier keine wirkliche „herrschende Meinung“

bilden kann, so muß hier die Staatsrechtswissenschaft sich eben bescheiden und Sorge tragen, daß nun der Gesetzgeber das entscheidende Wort spricht. Das, was M. M. und einige andere Schriftsteller — es sind nur wenige — dafür an die Stelle setzen wollen, ist nicht imstande, die Sache zu bessern. Es sind, seitdem hinsichtlich der Frage der Prüfungsfunktion in neuerer Zeit andere Wege als die logischen Versuche (s. letztere alle in meiner Schrift) betreten wurden, erst einige Jahre verflossen, und schon heute bestehen unter den Vertretern dieser neueren Richtung völlig entgegengesetzte Meinungen! M. M. plädiert auf Grund der Interessentheorie für das Prüfungsrecht, Thoma dagegen. Triepel und Bühler sprechen auf Grund des Wesens und des Geistes des neuen Staatswesens für das Prüfungsrecht, Radbruch ist auf Grund ähnlicher Erwägungen dagegen. Das nimmt freilich nicht wunder. Denn die Auffassung, was dem „gemeinen Besten“ dient, ist denkbar subjektiv, und der „Geist des neuen Staatswesens“ ist ebenso wenig eine objektive Größe. In einer Frage, die tief in das Staatsleben eingreift, werden bei Beurteilung dieser beiden Gesichtspunkte immer tiefgreifende Gegensätze bestehen. Zumal da, wo es sich wie bei der Beurteilung des „besten Interesses“ um Werturteile handelt. Hierzu sagt doch selber Laun, dessen Aufsatz über das Verhältnis von Staatsrechtslehrer und Politik von M. M. (S. 43) in seiner Polemik gegen die logische Methode herangezogen wird (im Arch. ö. R. 1922 S. 171): „Werturteile aber gehen in letzter Linie auf unüberprüfbare, metaphysische Glaubenssätze oder auf unüberprüfbare Gefühlsэлеmente zurück, auf Weltanschauungen und politische Sympathien und Antipathien.“ (Laun sagt übrigens nur, daß der Staatsrechtler die Politik berücksichtigen müsse. Das kann sich nicht gegen diejenigen Vertreter der logisch-juristischen Methode richten, welche anerkennen, daß die Rechtswissenschaft nicht eine reine Normwissenschaft ist und daß die Rechtsordnung Lücken enthält (s. o.); es ist aber M. M. gegenüber zu bestreiten, daß hinsichtlich der Frage des Prüfungsrechts eine solche Lücke klafft.) Wenn jene neueren Autoren also die Uneinigkeit unter den logischen Theorien zum Grunde dafür nehmen, um neue Wege einzuschlagen, so muß nach allem gesagt werden, daß das ein eitles Bemühen ist, daß ihre Theorien nicht die Einigkeit schaffen, sondern die Zahl der auseinandergehenden Meinungen noch vergrößern. — Auf Einzelheiten einzugehen, würde hier zu weit führen. Es sei nur bemerkt, daß die vom Verf. S. 65 ff. gegebene Tabelle zwar in der Richtung der Judikatur ein zutreffendes Bild gibt, indem diese jetzt dem Prüfungsrecht zuneigt, daß aber hinsichtlich der Theorie noch immer nicht von einer herrschenden Meinung für das Prüfungsrecht gesprochen werden kann. Zwar können einige dem Rez. noch bekannte, in der Tabelle nicht aufgeführte Arbeiten das Bild für die Zeit seit der Umwälzung nicht wesentlich verändern, wohl aber ergibt sich ein Ausgleich beider Seiten, wenn man bedenkt, daß die logischen Theorien zumeist auf der Gewaltenteilung beruhen, die Gewaltenteilung aber in ihrer grundsätzlichen rechtlichen Gestaltung genau dieselbe ist wie im früheren Reich, so daß also die entsprechende frühere Literatur heranzuziehen wäre. M. M. sucht freilich (S. 97, 145 ff.) die Gewaltenteilung von heute anders zu erklären als die von früher. Aber ihm dürfte hierin schwerlich zu folgen sein. Es haben ja vielmehr neuere Autoren (wie W. Jellinek, Hatschek u. a.) nachgewiesen, daß auch im heutigen Reiche keine der gewöhnlichen Gesetzgebung übergeordnete Verfas-

sungsgewalt besteht. Wenn M. M. sagt, heute sei das Volk Souverän und der Richter folge nur dem Souverän, wenn er ein der Satzung dieses Souveräns, der Verfassung, widersprechendes Gesetz nicht anwende, so fragt man sich wohl, ob denn dem früheren Souverän, dem konstitutionellen Monarchen, schlechthin ein gegenteiliger Wille zuzuschreiben gewesen sei. Auch ist ja nach der üblichen Auffassung das Parlament „Repräsentant“ des Volkes, insbesondere gerade in der Demokratie, und steht ihm nicht als gegensätzlicher Faktor gegenüber, sondern ist mit ihm — als sein „Repräsentant“ — eins.

Zu 2): Dies leitet hinüber zu dem zweiten Hauptpunkte, der hier noch betrachtet werden soll: dem Beitrage zu der allgemeinen Rechtstheorie des Problems, den M. M. mit seinem Buche gibt. Es ist nicht so, als ob M. M. dem Problem in einem Kapitel eine darauf bezügliche zusammenhängende Betrachtung widmet, vielmehr sind diese Ausführungen zerstreut und dienen überhaupt nur dem Ziele einer juristischen Betrachtung de lege lata, aber immerhin sind diese Ausführungen bemerkenswert und können einer selbständigen Kritik unterworfen werden. Es handelt sich insbesondere um die Stellen S. 6—10, 52—62, 96—99, 147—152 des Buches. S. 6 ff. wird zunächst richtig auf die außerordentlich praktisch-politische Bedeutung der ganzen Frage aufmerksam gemacht und das Prüfungsrecht richtig als Rechtsschutz der Verfassung, als Kontrolle des Gesetzgebers und als Schranke gegen dessen Absolutismus charakterisiert. Es ist in der Tat so — und deswegen sollten auch die Nichtfachkreise an der Frage nicht so vorbeigehen wie bisher, und insbesondere der aktuellen gesetzlichen Regelung ihre volle Aufmerksamkeit zuwenden; es kann natürlich für das Staatsleben nicht gleichgültig sein, ob und in welcher Weise ein Eingriff in die Gewaltenteilung, also in das Gefüge des modernen Staats vorgenommen wird. Z. B. können der Verfassung widersprechende Gesetze im Reich, die im Falle der Verneinung des Prüfungsrechts vom Reichstag mit einfacher Mehrheit beschlossen zur Geltung gelangen, bei Bejahung der Prüfungszuständigkeit diese Geltung nur erlangen, wenn die für Verfassungsänderungen vorgeschriebene doppelte Zweidrittelmajorität erreicht ist! — Im Zusammenhang damit stehen die Erörterungen über die Gewaltenteilung (S. 96 ff., 147 ff.). Wir bemerkten dazu schon oben, daß man hier M. M. nicht folgen könne. Die juristische Struktur der Gewaltenteilung ist dieselbe wie im früheren Staat (s. o.). Falls man der Meinung ist, daß ihr politischer Charakter sich geändert hat, so hat das jedenfalls in der RV. keinen Ausdruck gefunden. Auch nach der RV. ist der einfache Gesetzgeber der Souverän. Er ist überdies der „Repräsentant“ des Volkes (s. o.). Richtig ist der Hinweis von M. M., daß der Richter sich mit der Prüfungszuständigkeit nicht über den Gesetzgeber stellt (wie man oft vorgeworfen hat). Auch tritt wohl nicht einmal Gleichordnung ein, es handelt sich nur um Hemmung einer an sich übergeordneten Gewalt. Die Überordnung als solche bleibt bestehen, denn der Richter muß ja im übrigen der Legislative gehorchen. Die genannte Hemmung bewirkt aber, daß dem Staatsleben ein konservatives Element eingefügt wird. (In den Vereinigten Staaten hat sich das Prüfungsrecht bekanntlich sogar reaktionär ausgewirkt.) Hieran kann jedenfalls eine allgemeine rechtstheoretische Betrachtung des Problems nicht vorbeigehen. Überhaupt können die Untersuchungen über die dynamisch-politischen Einwirkungen des Prüfungsrechts auf das Staats-

leben noch weiter ausgesponnen werden, eine Aufgabe, die wohl reizen sollte; in der Literatur findet sich außer einigen Ansätzen leider dazu kaum etwas. — Zur allgemeinen Rechtstheorie des Problems gehört auch die Betrachtung über seine Bedeutung für die individualistische und universalistische Staatserfassung. In einem Zeitalter wie dem unsrigen, wo beide Auffassungen ineinanderfließen, indem die universalistische Richtung auf Kosten der individualistischen an Boden gewinnt (s. nur Jerusalem, Soziologie des Rechts, Bd. 1, 1925), hat diese Betrachtung natürlich besondere Bedeutung. Die wenigen Bemerkungen von M. M. dazu (S. 6 ff.) im Hinblick auf das Prüfungsrecht sind sehr interessant, ohne natürlich das Problem, „das in die subtile Feinheit der Abgrenzung zwischen freier Wirksamkeit des Individuums und Herrschgewalt der organisierten Gemeinschaft mit Notwendigkeit hineinführt“ (M. M. 9), im entferntesten zu erschöpfen. — Der Übergänge genug gibt es von hier zum Zusammenhang des Problems der Prüfungszuständigkeit mit dem Prinzipie des Rechtsstaats. Auch hierauf wird von M. M. (S. 150 ff.) kurz eingegangen (offenbar unter dem Eindruck des d. zit. Aufsatzes von Stoll, der wohl zum erstenmal das Prüfungsrecht in umfassenderer Weise mit dem Rechtsstaatsgedanken in Verbindung gebracht hat). Ist bereits der rechtsstaatliche Gedanke in der Richtung des Schutzes des Bürgers gegenüber der Verwaltung verwirklicht worden, so liegt ja der Schritt nahe, den Bürger auch gegenüber der Gesetzgebung zu schützen, was mittels des Prüfungsrechts erreicht werden kann — sofern man nur überhaupt die Verfassung als die Schutzordnung des Bürgers ansieht. M. M. nimmt letzteres offenbar ohne weiteres an. Wie aber oben kurz angedeutet wurde, kann das nicht absolut gelten. Ist die Verfassung mit dem Volksganzen organisch verwachsen, so hat M. M. natürlich recht und man wird einen Schutz einer so durch Herkommen und Brauch geheiligten Verfassung nur begrüßen können. Ist das nicht der Fall — und das ist doch durchaus möglich, sei es, daß die Verfassung schnell als ein Notgebäude errichtet wurde, sei es, daß sie nur als Ausdruck einer Minderheit gelten kann u. a. mehr —, dann wird man jedes konservative Moment, welches den Wandel der Verfassung zu erschweren sucht, ablehnen müssen. Was in dieser Beziehung von der jetzigen RV. zu sagen ist, steht hier nicht zur Erörterung, da M. M. ja darüber keine Diskussion entfesselt, sondern das Schutzbedürfnis jeder Verfassung stillschweigend annimmt. Jedenfalls laufen hinsichtlich einer bestimmten Verfassung hier die Erörterungen sehr leicht ins subjektiv-politische Gebiet über, und es liegt die eigentliche Entscheidung beim Parlament, ob es die Konservierung der Verfassung haben will oder nicht.

Bietet, wie gesagt, die Schrift von M. M. auch nichts eigentlich Neues, so gibt sie jedenfalls dem aufmerksamen Leser genug der Anregungen. Die nur mehr gelegentlichen Äußerungen von M. M. auf dem Gebiete der allgemeinen Rechtstheorie ins helle Licht zu ziehen, mußte sich Rezensent schon deshalb angelegen sein lassen, weil es an solchen Untersuchungen hier noch sehr fehlt und die große Bedeutung des Problems der richterlichen Prüfungszuständigkeit hier erst ganz zum Bewußtsein kommt.

Berlin.

Dr. Friedrich Schack.

Urkunden zur Politik unserer Zeit. Handbuch der Politik, 6. Band, redigiert von Geh. Hofrat Professor Dr. A. Mendelssohn Bartholdy. XXIV u. 524 Seiten Gr. Lexikon-Oktav. Dr. Walther Rothschild in Berlin-Grünwald. Geb. 24 RM.

Als der zuletzt erschienene Band des Handbuchs der Politik durch Exzellenz v. Klein in dieser Zeitschrift *) besprochen wurde, da galt es noch eine Auseinandersetzung mit der Meinung zu führen, Politik sei Kunst und nicht Wissenschaft, sie sei die Tätigkeit des Staatsmanns, des Politikers oder des sonst maßgebenden Menschen, aber nicht dafür bestimmt, in einem solchen umfassenden Werk vor der Menge ausgebreitet zu werden. „Undemokratisch“ sei eine solche Auffassung, betonte damals der zu früh Verstorbene in seiner Rezension, und heute, wo sich endlich die Wissenschaft der Politik überall an Universitäten und eigenen Hochschulen auch bei uns ihren Platz erobert hat, dürfen wir mit Freude konstatieren, daß ein fruchtbares Streben nach wissenschaftlicher politischer Bildung immer weitere Kreise ergreift und wachsende Förderung findet.

Unter den Hilfsmitteln steht das standard-work, dessen zweiter Ergänzungs- und Schlußband heute anzuzeigen ist, seit langem an erster Stelle. Doch seine Benutzung war vielfach erschwert, weil in zahlreichen Beiträgen auf politische Dokumente Bezug genommen wird, die manchmal kaum der Fachmann schnell zu finden weiß. In der Tat haben wir — außer allenfalls Strupps meist fremdsprachlichen und rein völkerrechtlich ausgewählten „Documents“ — kaum eine Urkundensammlung, die das bleibend Bedeutsame der letzten 150 Jahre und der jüngsten Vergangenheit vereinigte. Diesem Mangel haben nun Herausgeber und Verlag in großzügiger Weise durch den vorliegenden über 500 Seiten starken Ergänzungsband abgeholfen — man möchte hoffen, daß es immer noch nicht der allerletzte Schlußband sei, sondern daß ihm recht bald eine zweite Sammlung vorzüglich wirtschaftspolitischer Dokumente folge, die auch die Herausgeber ins Auge gefaßt haben.

Außer einer gehaltvollen Einführung des Schriftleiters, Geheimrat Mendelssohn, umfaßt das vorliegende Werk in sechs Hauptstücken eine Fülle der bedeutsamsten Urkunden, von der Erklärung der Menschenrechte in der französischen Revolution bis zu dem Sicherheitspakt von Locarno. Das Hauptgewicht ist räumlich auf die letzten 25 Jahre und vor allem die jüngste Zeit seit dem Weltkrieg gelegt, die allein zwei Fünftel des Bandes beansprucht. Innerhalb jeden Abschnitts geht eine Reihe von Zeugnissen aus dem „politischen Schrifttum“ der Zeit voran, womit dargetan werden soll, „wie stark . . . sich das ‚Regiment der Weißen‘ in Form und Inhalt der politischen Urkunden wirksam erweist“. Jedes einzelne Dokument ist von einer durchweg zuverlässigen, gut orientierenden Vorbemerkung und ausführlichen Quellen- und Literaturangaben begleitet. Man braucht kein Prophet zu sein, um dem Werk, dessen Preis, gemessen an den heute marktgängigen Bücherpreisen, sehr mäßig zu nennen ist, Unentbehrlichkeit in jeder Handbibliothek vorauszusagen; darüber hinaus möchte man wünschen, daß sich recht viele Praktiker und Studierende zu seiner Anschaffung entschließen, sie werden es immer mit Gewinn benutzen.

Denn es ist nicht nur ein Lehr-, es ist auch ein Lesebuch. Welche Längs- und Querschnitte lassen sich machen, etwa im Vergleich der

* Bd. XVI, S. 430.

deutschen Bundesakte von 1815 mit der Völkerbundsatzung von 1919, im Vergleich des Labour- mit dem deutschen sozialdemokratischen Parteiprogramm! Welche Aktualität des berühmten Zola-Briefs in der Dreyfus-Affäre, wenn es dort etwa heißt: „Sie haben einen unerhörten Spruch gefällt, der für immer auf unseren Kriegsgerichten lasten, der in aller Zukunft ihre Urteile mit Verdacht beflecken wird . . .!“ Wer dächte da nicht an Landau!

Es ist selbstverständlich, daß eine solche Auswahl aus einem gewaltigen Stoff auf knappem Raum nicht alle Wünsche befriedigen kann. Im Vorwort der Herausgeber offenbart sich ein doppelter Zweck des Werkes: es soll der nach politischer Vertiefung Strebende „einen Einblick erhalten in die Werkstatt der Geschichte und von den großen politischen Urkunden, von denen er immer nur hört oder in der Zeitung liest, eine lebendige Vorstellung gewinnen können“. Man hat vielleicht zu wenig bedacht, daß beides recht verschiedene Ziele sind, daß das eine vorwiegend historisch, das andere politisch bedeutsame Urkunden zu sammeln bedingt. Gewiß gibt es solche, die eines so gut wie das andere sind, aber über ihre Zahl geht der Umfang des vorliegenden Werkes doch beträchtlich hinaus, und damit auch über den Rahmen eines Handbuches für Politik. Es finden sich einerseits die Entsagung Josephs II. auf die Kaiserkrone, Aufrufe Friedrich Wilhelms III. und Napoleons, Darstellungen der Auflösung der Union zwischen Schweden und Norwegen, die Verfassung von Elsaß-Lothringen, die Präambel des Versailler Vertrages — andererseits fehlt die amerikanische Verfassung, jede Erwähnung der italienischen Einigung und Aufhebung des Kirchenstaats, England im 19. Jahrhundert (während lange Parlamentsreden aus Paris beigebracht sind), genügende Berücksichtigung des Fernen Ostens (etwa durch den Frieden von Chimonoseki), des Rechts der besetzten Gebiete (während das Reparationsproblem dankenswert ausführlich zur Geltung kommt), der internationalen Ströme, der Rüstungskontrolle usw. Auch sind häufig mehr dem historischen als dem politischen Urkundenbegriff Rechnung tragend, Reden und Berichte über ein Ereignis, an Stelle der sprechenden Dokumente selbst gegeben (z. B. ein Memorandum Waldersees statt des Friedens von Peking).

Eine gewisse Uneinheitlichkeit in der Sammlung läßt sich nicht anders als durch das Schwanken über ihren eigentlichen Zweck erklären. Die Heranziehung des „politischen Schrifttums“ scheint eher zu verwirren als zu fördern. Abgesehen davon, daß, namentlich in der letzten Zeit, eine scharfe begriffliche Trennung desselben von den politischen Dokumenten weder erreicht noch erreichbar ist, also genügend Gelegenheit war, wirklich Unentbehrliches zur letzten Rubrik zu schlagen, vermag auch die a posteriori gerechtfertigte Auswahl aus dem, was man den Geist der Zeiten heißt, keinen Glauben an das „Regiment der Weisen“ zu erwecken.

Berlin.

Oberregierungsrat Dr. Simons.

Carthill, Die Erbschaft des Liberalismus. Übertragen von Paul Fohr, mit einer Einleitung von Dr. Otto Geßler, Berlin-Grunewald, 1926. Kurt Vowinkel Verlag. 183 S.

Der Verfasser dieser geistreich-spöttisch geschriebenen Polemik ist ein Engländer; sein wirklicher Name ist nicht bekannt. Er ist ohne Zweifel in der Politik erfahren, ein kluger Beobachter.

Aber er macht es sich denn doch etwas zu leicht. Man kann gewiß das Lehrgebäude der liberalen Staatsauffassung kritisch untersuchen und man wird zugeben müssen, daß es an der Zeit wäre. Aber wer diese Aufgabe unternimmt, wird zweierlei zunächst einmal streng voneinander trennen müssen: die Staatstheorie des Rationalismus in ihren verschiedenen Repräsentanten, und die Staatspraxis derer, die Anhänger dieser Theorie waren und sind. Die Fehler, die falschen Voraussetzungen der naturrechtlichen Staatsanschauung aufzuzeigen, ist nicht schwer; von Adam Müller und Haller bis zur Gegenwart hin haben es viele Staatstheoretiker getan, am feinsten vielleicht Stahl. So ist der Spott über den Glauben an den von Natur guten und arbeitsamen Menschen, soweit beides Voraussetzungen der liberalen und der sozialistischen Theorie sind, gar billig. Ebenso die Kritik an dem Dogma von der restlosen Belehrbarkeit des Menschen. Trotzdem soll man nicht unterschätzen, was gerade diese Auffassung praktisch für die Entwicklung des Schulwesens, der Pädagogik, was sie auf diesem Wege für die Steigerung der Staatsgewalt bedeutet hat.

Viel interessanter wäre ein anderes Problem, das wir für staats-theoretisch grundlegend und praktisch, aktuell bedeutungsvoll halten, eine genaue Festlegung des Unterschiedes zwischen Liberalismus und Demokratie. Wenn sie auch theoretisch vielfach gleicher Wurzel sind, wirken sie sich praktisch doch grundverschieden aus. Dem individualistischen Liberalismus wohnt die Tendenz inne, die Grenzen des Staates eng zu stecken, den Einzelnen aus den Fangarmen der Staatsmacht — als Einzelnen — zu befreien. Diese Tendenz als Autoritätslosigkeit, als erstrebte Auflösung des Staates zu betrachten, wie Verf. es vielfach tut, ist denn doch falsch. Um so wichtiger ist es herauszuarbeiten, daß der demokratischen Staatsauffassung die gegensätzliche Tendenz innewohnt. Sie begründet die Autorität des Staates auf den Willen der Mehrheit, der auch die Minderheit verpflichtet, und neigt dazu, infolgedessen den Umfang der Staatsbetätigung zu erweitern; sie glaubt es zu können, weil ja dieser demokratische Staat auf der Zustimmung der Mehrheit seiner Bürger beruht, eine Tatsache, die auch der Verf. richtig hervorhebt, aus der er aber nicht die nötigen Folgerungen zieht. Er erspart es sich eben, überhaupt konsequent zu denken, er reiht Einfälle aneinander. Daraus entsteht ein Büchlein, das hübsch zu lesen ist, das zu allerlei Gedanken anregt, aber nirgends klärt, weil es nirgends bestimmt. Der Verfasser tastet nach Problemen, sieht sie ab und an, aber er ergreift sie nicht und müht sich nicht, sie zu gestalten. Es bedürfte dazu allerdings auch zunächst einer eingehenden Untersuchung der Staatspraxis, d. h. der politischen Betätigung des Liberalismus in den wichtigsten Ländern. Sie fehlt für Deutschland und Frankreich noch ganz, und ohne sie kann ein fundiertes Urteil doch gar nicht abgegeben werden.

Die Übersetzung liest sich sehr gut.

Potsdam.

Ludwig Bergsträsser.

Erich Obst, England, Europa und die Welt. Eine geopolitisch-weltwirtschaftliche Studie. Mit 54 Textzeichnungen und 17 weltwirtschaftlichen Tabellen im Anhang. Berlin-Grunewald, Kurt Vowinckel, 1927. XV u. 356 S. 8°.

Dies jüngste und neben Haushofers ostasiatischen Studien bedeutendste Werk unserer jungen „geopolitischen“ Schule wird zunächst

überall deshalb begrüßt werden, weil trotz stärkster Teilnahme der Nachkriegszeit an den Problemen des Britischen Weltreichs, abgesehen von Albrecht Mendelssohn Bartholdys und meinen Arbeiten, zugleich bequeme und wissenschaftliche Orientierungsmöglichkeiten darüber in deutscher Sprache bisher fast völlig fehlten und selbst handlichere englische Werke selten waren. Was aber nun Obsts Buch, etwa auch vor der parallelen, voriges Jahr vom gleichen Verlag in deutscher Sprache herausgegebenen Arbeit von Demangeon, noch besonders auszeichnet, ist die bestimmte Ausrichtung auf die graphisch und zahlenmäßig anschaulichen Methoden der Erdkunde und Statistik. Ich glaube, gerade diese Methoden können mit ihrer Nüchternheit und ihren häufig ganz neuen und daher doppelt überraschenden Ergebnissen auch dem vom Recht herkommenden wissenschaftlichen Politiker viel mehr bieten als allerlei Betrachtungen über den „Wirtschaftsgeist“ von Völkern und Ländern, die weder im meßbar Materiellen noch in rechtlichen und sozialen Grundbegriffen fest fußen. Der erste, geopolitische Hauptteil gibt eigentlich eine sehr lesbare Geschichte der englischen Politik von den Anfängen, geleitet von anerkennenswertem Streben, die in Deutschland so naheliegenden anglophoben wie anglophilen Einseitigkeiten wissenschaftlich zu überwinden, und nur am Schluß wirkt die Darstellung der angeblichen „Einkreisungspolitik“ Eduards VII. doch zu vereinfachend, nach allem, was die Nachkriegsforschung zu diesem Gegenstand beigebracht hat. Der zweite, wirtschaftliche Hauptteil gliedert sich in die beiden großen Sphären der Ernährungswirtschaft und der Handels- und Industriegewirtschaft. In der ersten lautet die Antwort auf die gestellte Frage nach der Möglichkeit einer panbritischen Autarkie (daß sie ernsthaft gestellt wird, berührt gegenüber manchem dilettantischen Absprechen von freihändlerisch-ökonomischer Seite schon sehr wohlthuend) sehr verschieden, für Fischerei, Getreide und Kartoffeln unbedingt bejahend, für tierische Nahrungsmittel, vor allem wegen der geringen Fleischerzeugung der trockenen (geographisch: ariden und semiariden) Reichsteile und des riesigen englischen Bedarfs zweifelnd, für Genußmittel zwiespältig: bejahend für Tee, Kaffee und Kakao, verneinend für Zucker und Tabak. In der Industriesphäre sind die übersichtlichen Unterabteilungen Textil- und Lederindustrie, Schwerindustrie, Maschinen- und chemische Industrie und Handel. Hier machen sich die Tendenzen zur Verschiebung der weltwirtschaftlichen Schwerpunkte nach der amerikanischen Union und (in Fällen wie der Kali- oder Chemikalienerzeugung) nach Festland-Europa und besonders Deutschland noch stärker bemerkbar, und der Wettstreit zwischen den beiden angelsächsischen Weltstaaten streift gelegentlich, wie bei Erdöl und Gummi, an den Wirtschaftskrieg. Dazu kommt das fortschreitende Wachstum auch der anderen überseeischen Länder zu industrieller Selbstversorgung bzw. Ausfuhraktivität, so daß der Gedanke der panbritischen Autarkie zu einer bedenklichen Probe auf das Überwiegen rein wirtschaftlicher oder politischer Kräfte in der Weltentwicklung zu werden droht. Unter Verwertung auch jüngster britischer Veröffentlichungen, wie vor allem des sog. Balfour-Berichts über den Überseehandel (auch die Tabellen des Anhangs sind bei der geringen weltwirtschaftlichen Ergiebigkeit der nationalen statistischen Literaturen sehr willkommen) darf Obst Englands Weltlage als reichspolitisch prekär und also auf die Gemeinschaft mit Europa angewiesen charakterisieren.

Heidelberg.

C. Brinkmann.

Eugen Rosenstock. Vom Industrierecht. Rechtssystematische Fragen. Festgabe der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau zum 50jährigen Doktorjubiläum von X. Gretener. 183 S. Verlag Herm. Sack, Berlin 1926. Brosch. 8 RM.

Im zweiten Bande seines „Untergangs des Abendlandes“ hat Spengler im Vorbeigehen auf fünf Seiten (S. 93 ff.) ein vernichtendes Urteil über die heutige Rechtswissenschaft gesprochen: sie werde heute noch vom antiken Begriff der körperlichen Sache beherrscht, der von den Tatsachen unserer Zivilisation geforderte Rechtsstoff sei für das Rechtsdenken noch formlos und mithin nicht vorhanden, Personen und Sachen seien im Sinne unserer heutigen Gesetzgebung überhaupt nicht mehr Rechtsbegriffe; an dem römischen Begriff *persona* habe einst „die ganze Metaphysik des antiken Seins“ gehaftet, entsprechend sei das Wort Eigentum mit der antiken „statischen“ Definition behaftet und fälsche deshalb in allen Anwendungen den „dynamischen“ Charakter unserer Lebensführung. Spengler faßt den Gegensatz dahin: „Das antike Recht war ein Recht von Körpern, unser Recht ist das von Funktionen.“ So stellt er dem deutschen Denken der Zukunft die Aufgabe, „aus dem praktischen Leben der Gegenwart dessen tiefste Prinzipien zu entwickeln und sie zu grundlegenden Rechtsbegriffen zu erheben“.

Spengler hat seine geistreichen Antithesen auf Grund flüchtig angelesener Notizen aufgestellt. Es wäre ungerecht, daraus dem Nicht-Juristen einen Vorwurf zu machen. Das Buch Spenglers konnte nur ein Nichtfachmann (auf fast allen darin behandelten Gebieten) schreiben, und gerade hierin liegt seine Bedeutung. Auch für Spengler gilt, was früher einmal Mauthner von sich in seiner „Kritik der Sprache“ (1. Bd. Vorwort z. 2. Aufl., S. X) zur Verteidigung sagte: wenn er ernstlich die für die behandelten Gebiete erforderlichen Fachstudien hätte treiben wollen, so hätte er 300 Jahre darauf verwenden müssen, bevor er hätte daran gehen können, sein Buch zu schreiben.

Spenglers Buch hat das Schicksal gehabt, daß alle Fachleute dessen Thesen für ihr spezielles Fach abgelehnt haben.

Für die Rechtswissenschaft schien bisher das gleiche gelten zu sollen. Der 2. Band Spenglers ist vor fünf Jahren erschienen, ohne daß bisher seine Sätze von Juristen aufgenommen worden wären.

Das hat sich nun geändert. In der vorliegenden Schrift von Rosenstock haben wir den ersten Versuch eines Juristen, die Richtigkeit der Spenglerschen Thesen und Antithesen für sein Fach zu beweisen.

Für die Beurteilung eines solchen von einem Fachmann unternommenen Versuchs muß ein anderer Maßstab gelten als für Spengler. Hier muß man verlangen, daß die Unrichtigkeit der bisher benutzten „statischen“ Rechtsbegriffe und die Notwendigkeit neuer auf „dynamischer“ oder „funktioneller“ Anschauung beruhender Begriffe exakt, d. h. an der Hand einer größeren Anzahl von Rechtssätzen und Anwendungsfällen, nachgewiesen werde.

Wir werden sehen, inwieweit Rosenstock dieser Anforderung genügt.

Der Titel der Schrift ist zunächst irreführend. In Deutschland verstand man unter Industrierecht den gewerblichen Rechtsschutz; Rosenstock erwähnt dies selbst unter Berufung auf die „Zeitschrift für Industrierecht“, die übrigens, was ihm anscheinend entgangen ist, seit mehreren Jahren ihr Erscheinen eingestellt hat. Er selbst begreift unter diesem Namen überhaupt kein besonderes Rechtsgebiet, sondern

meint (S. 13), daß aus dem Wesen der Industrie Rechtsvorstellungen in den Vordergrund drängen, die eine Anzahl zerspaltenen Rechtsgebiete zusammenschließen könnten. „Industrie heißt Kraftwirtschaft . . . Die Gesichtspunkte eines Industrierechts anwenden, bedeutet also, die Ordnung der Kräfte in den Vordergrund rücken.“

Bevor Rosenstock die eigentlichen dogmatischen Fragen des „Industrierechts“ entwickelt, erörtert er einige Einzelfragen: den „Begriff des Betriebes“ (S. 17 ff.), die „Zweigherrschaft“ (S. 33 ff.), d. h. die Beherrschung eines Produktionszweiges, die „Räte in der Industrie“ (S. 47 ff.), aus denen sich für ihn „eine Fülle dogmatischer Fragen in das bisherige Rechtssystem hinein ergeben“, und zwar „auf Grund der Geschlossenheit des Funktionsraums für alle Erscheinungen industrieller Machtwirtschaft gegenüber dem ‚freien Spiel der Kräfte‘ des bisherigen gesellschaftlichen Raums“ (S. 16).

Den Hauptteil des Werkes bilden Abschnitt V („Mächte, Kräfte, Namen und juristische Personen“), in dem er der bisherigen „statischen“ Behandlung des Personenbegriffs die neue „funktionelle, dynamische“ gegenüberstellt, und Abschnitt VI („Absicht und Grenzen des neuzeitlichen Rechtssystems“), in dem er gegenüber der Lehre von den Willenserklärungen des bisherigen Rechtssystems zu zeigen sucht, wie aus den Begriffen des „Industrierechts“ sich ein neues Rechtssystem aufbauen läßt.

In Abschnitt V versucht Rosenstock an einigen Beispielen aus dem Recht der Gesellschaften darzulegen, daß die Rechtslehre diese Gebilde nicht mehr allein als „Personen“ auffassen dürfe. Sie seien außerdem auch noch „Mächte“ und müßten berechtigt und verpflichtet werden, auch wenn sie sich weigerten, die Form der juristischen Person anzunehmen (S. 78).

Rosenstock führt dazu (S. 84 ff.) aus, zwischen den „Begriffen“ einerseits und den „Worten“ andererseits liege noch „eine dritte Ordnung geistiger Art“, nämlich die „Namen“. „Mächte sind zeitliche geschichtliche Mächte, weil und insoweit sie Namensträger sind“ (S. 87). Im Fall Malzmann (RGZ. 110 234) sei „zu erkennen, daß keinesfalls der Name der juristischen Person im Register an sich, sondern der Name des sozialen Namensbereiches, der Name der Macht geschützt wird“ (S. 87). Die vom Recht anerkannten Namen stellten den Ausgleich zwischen zwei Tendenzen der Namengebung dar: das Individuum erstrebe durch Zulegung von Namen gesellschaftliche Macht, die Gesellschaft erstrebe durch Zurechnung der Verantwortlichkeit individuelle Bewältigung der Mächte (S. 89). Die Qualität „Juristische Person“ sei der Indifferenzpunkt dieser entgegengesetzten Strebungen (S. 90).

Neben diesem „Begriff“ der „Macht“ erscheint bei Rosenstock noch ein weiterer Begriff: der der „Kraft“. R. erläutert ihn zunächst am Wesen der Gewerkschaft (S. 91 ff.). Die Gewerkschaft ist „keine Personenvereinigung im Sinne des Zivilrechts“, sondern das „Sammelbecken der Arbeitskräfte“. „Der wirtschaftlich ohnmächtige Mensch ist nicht Person“. „Nicht das Subjekt von Rechten geht in die Gewerkschaft, freilich ebensowenig das sogenannte Objekt der Gesetzgebung, sondern eine zwischen Subjekt und Objekt die Mitte haltende Kraft. Sie ist weder Subjekt noch Objekt, weil und insoweit sie unaufhaltsam wirken muß“ (S. 92).

Eine Begriffsbestimmung der Begriffe „Mächte“ und „Kräfte“ gibt Rosenstock erst im folgenden Abschnitt VI, zu dem nun überzugehen

ist. Dieser Abschnitt will die dogmatischen Folgerungen aus den früheren Erörterungen ziehen. Er zerfällt seinerseits wieder in vier Unterabschnitte, von denen die ersten drei eine Kritik der bisherigen Rechtsbegriffe und Rechtssysteme enthalten, während erst der vierte („Zeitbahn und Freiwilligkeit“) die schon früher behandelten neuen Begriffe der „Mächte“ und „Kräfte“ gegeneinander abgrenzt, um aus ihnen eine neue Willenslehre zu entwickeln (S. 171 ff.).

Sein Gedankengang ist folgender:

Die Industrie kennt „Personen“ als wirkende „Mächte“ (Kapitalismächte) und „Personen“ als wirkende „Kräfte“ (Arbeitskräfte). Es sei unsinnig, den „Willen“ der Mächte mit dem „Willen“ der Kräfte zu identifizieren. Die Kapitalismacht habe einen qualifizierten Willen, der den Kräften fehle. Jede „Person“ des Privatrechts sei bald „Macht“, bald „Kraft“. Der Unternehmer sei „Macht“ gegenüber seinen Angestellten und Arbeitern, „Kraft“ gegenüber der „Kapitalismacht“. Der Angestellte und Arbeiter wieder sei als Sparer „Machtsträger“. Die „Person“ habe „eine andere Willensqualität hier und dort“ (S. 172).

Dieser Unterschied des Willens begründet nach Rosenstock den „wesentlichen Unterschied zwischen Macht und Kraft“ (S. 175). Rosenstock erläutert ihn so: Die Kraft hat keine Zeit, die Macht hat Zeit. Der Arbeiter muß sich verdingen, der Käufer muß Brot kaufen. Die Macht dagegen hat Bedenkzeit. „Wo der Gesetzgeber Kräften Macht geben will, gibt er ihnen Zeit“, z. B. durch das Aufgebot vor der Eheschließung (S. 175).

Danach unterscheidet Rosenstock drei für das Recht erhebliche Strukturen des Willens: Freiwilligkeit der Kräfte, die keine Zeit haben; Unwilligkeit zeitentrückter Individuen; bewußter Wille von Mächten, d. h. von Kräften, die Zeit haben. Über die juristische Sphäre hinaus ragt nach Rosenstock noch eine vierte Willensstruktur: der gute Wille, Güte, Gnade, Verzeihung, obere Grenzwerte, auf die keine Rechtsordnung zu bauen ist (S. 176). Während das „atomistische“ Rechtssystem eine kausale Reihe von Ursachen aufstellt (Vernunft, Wille, Willenserklärung, Vertragsobligation), werden die vom „Industrierecht“ anerkannten Kräfte der Seele meist zusammen tätig. „Ja, Nein, Trotzdem und Meinetwegen stecken in jedem Vertrag als Rechtselemente verschiedener Bewußtseinseinhelligkeit“ (S. 178).

Dies in großen Zügen der Gedankengang.

Hat er das gehalten, was der Eingang der Schrift verhiß? Hat das neue „Industrierecht“ Rechtsvorstellungen geliefert, die „geeignet sind, eine Anzahl zerspaltenen Rechtsgebiete zusammenzuschließen“? Hat es an Stelle der „statischen“ Begriffe des bisherigen Rechts fruchtbare neue „dynamische“ Begriffe hervorgebracht, die geeignet wären, eine neue Rechtssystematik zu begründen?

Bevor man diese Fragen beantwortet, muß man sich über die Aufgabe der Rechtsbegriffe klar werden. Wir verwenden diesen Ausdruck in zweifacher Bedeutung: einmal für die abstrakte (begriffliche) Formulierung von Tatbestandselementen eines Rechtssatzes, sodann aber für die zusammenfassende Bezeichnung des einheitlichen Gegenstandes einer Anzahl von Rechtssätzen. Für die Systematik kommt nur diese zweite Bedeutung in Betracht, und nur sie haben denn auch Spengler wie Rosenstock im Auge. Es handelt sich in der Schrift von Rosenstock besonders um die Rechtsbegriffe der „Person“ und der „Willenserklärung“.

Ein Rechtsbegriff in diesem zweiten Sinne ist nicht mehr verwendbar, wenn er den Gegenstand geltender Rechtssätze nicht mehr zutreffend bezeichnet. Wie führt nun Rosenstock den Beweis, daß der Begriff der „Person“, insbesondere der „juristischen Person“, nicht mehr Gegenstand der heutigen Rechtssätze ist und durch die Begriffe der „Macht“ bzw. „Kraft“ ersetzt werden muß? Ja, was ist überhaupt der Begriff einer „Macht“, die berechtigt und verpflichtet, also Subjekt von Rechten und Pflichten werden kann, anderes als der Begriff einer sei es natürlichen, sei es juristischen „Person“? Welche Rechtssätze gibt es, für die der Begriff der „Person“ nicht mehr ausreicht, sondern durch den der „Macht“ oder „Kraft“ ersetzt werden muß?

Rosenstock führt hier (S. 77) die bekannte Malzmann-Entscheidung des RG. in dem Sinne an, daß das RG. durch die Zubilligung des Namensschutzes an juristischen Personen „bisher die Frage hinausgeschoben habe, ob nicht die wirtschaftliche Macht eines Unternehmens als solche rechtlich schutzbedürftig sei“. Es kann dahingestellt bleiben, ob, wenn diese Darstellung der Rechtslage zuträfe, damit schon erwiesen wäre, daß der Begriff der Person durch den der Macht bzw. Kraft zu ersetzen sei. Die Rechtslage ist nämlich völlig falsch wiedergegeben. Das Recht des Inhabers eines Gewerbebetriebes auf Schutz gegen widerrechtliche Eingriffe ist schon seit langem von der Rechtsprechung gerade auch des RG. anerkannt, ohne daß diese dafür das Mittel des Namensschutzes gebraucht hätte; vgl. z. B. RGZ. 58, 24; weitere Entscheidungen in meinem Kommentar zum PatGes. 4. A. S. 271. Dabei hat es sich aber niemals, auch im Falle Malzmann nicht, um den Schutz der wirtschaftlichen Macht schlechthin gehandelt, sondern nur um ihren Schutz gegen widerrechtliche oder unlautere Eingriffe. Der Gedanke, einer wirtschaftlichen Macht schlechthin Schutz zu gewähren, liegt der kapitalistischen Wirtschaftsordnung, die das freie Spiel der Kräfte zuläßt, völlig fern.

Die Malzmann-Entscheidung beruht auf Rechtssätzen des Wettbewerbsrechts. Daß diese aber Material gegen den Begriff der „Person“ oder der „juristischen Person“ liefern könnten, ist ganz ausgeschlossen. Zu erklären ist die gegenteilige Auffassung von Rosenstock nur daraus, daß er diesem Rechtsgebiet offensichtlich fremd gegenübersteht. Das zeigt nicht nur seine eben wiedergegebene Beurteilung des Falles Malzmann, sondern z. B. auch sein Urteil über die jetzige Handhabung des Firmenrechts (S. 136), wonach das geltende Recht nur für den Zeitpunkt der Eintragung den Grundsatz der Firmenwahrheit aufstelle, nachher aber „sich keine Schiebung abwehren lasse“. Jeder, der vom Wettbewerbsrecht auch nur eine oberflächliche Kenntnis hat, weiß, daß gerade das Gegenteil der Fall ist.

Ist es Rosenstock einerseits nicht gelungen, die Unentbehrlichkeit des Begriffes der „Person“ für das geltende Recht zu erschüttern, so ist er andererseits nicht einmal dazu gelangt, für seine neuen Begriffe der „Macht“ und der „Kraft“ die begriffliche Schärfe zu entwickeln, die für deren dogmatische Brauchbarkeit erforderlich wäre. Der Unterschied zwischen beiden soll der sein, daß die „Macht“ Zeit hat, die „Kraft“ nicht. Der Gesetzgeber soll eine Kraft zur Macht umformen können, indem er ihr Zeit gibt. Rosenstock führt als Beispiel das Aufgebot vor der Eheschließung an. Danach wären Verlobte vor dem Kriege „Mächte“, während des Krieges „Kräfte“ gewesen, und nach

dem Kriege wieder „Mächte“ geworden. Verlobte wären in Deutschland, Frankreich usw. „Mächte“, in den Vereinigten Staaten „Kräfte“.

Es ist natürlich nicht anzunehmen, daß Rosenstock derartige Folgerungen als seine Ansicht vertreten will, was aber nur beweist, wie wenig durchdacht die neuen Begriffe sind.

Der Gedanke, der ihnen zugrunde liegt, ist der, daß dieselben Rechtsformen unter ungleichen wirtschaftlichen Bedingungen ungleichen Wert haben. Ob und wie z. B. bei Rechtsgeschäften die wirtschaftliche Machtverschiedenheit der Parteien vom Recht berücksichtigt werden muß, ist eine Frage, die zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet worden ist; vgl. hierzu meinen Vortrag „Rechtsgeschäft und wirtschaftliche Machtverschiedenheit“ Berlin 1902. Aber rechtlich wird z. B. ein Kauf nicht zu einem anderen Rechtsbegriff, je nachdem der Verkäufer oder der Käufer der wirtschaftlich Stärkere ist.

Der zweite Rechtsbegriff, mit dem sich Rosenstock näher befaßt, ist der der Willenserklärung. Auch für ihn hat er weder die Unrichtigkeit noch auch nur die Entbehrlichkeit nachgewiesen.

Zunächst gibt die Gegenüberstellung der einheitlichen Willenserklärung der „atomistischen“ Rechtslehre einerseits und der vier „Willensstrukturen“ des „Industrierechts“ andererseits (S. 177, 178 und die schematische Übersicht S. 179) ein falsches Bild.

Es sind inkommensurable Dinge, die Rosenstock hier gegenüberstellt. Rosenstock betont selbst (S. 178), daß die „vom Industrierecht anerkannten Kräfte der Seele“ meist zusammen tätig werden, d. h., sie sind bloße Motivationen, Vorgänge, die zeitlich der endgültigen Willenserklärung vorangehen, können also nicht mit dieser selbst verglichen werden.

Aber davon abgesehen: Rosenstock macht nicht einmal einen Versuch, an irgendwelchen die Rechtsgeschäfte regelnden Rechtssätzen nachzuweisen, daß der bisherige Begriff der Willenserklärung für sie nicht mehr passe und durch den Begriff einer seiner „Willensstrukturen“ ersetzt werden müsse. Was er sonst an Material beibringt, sind psychologische, bestenfalls soziologische Erörterungen. Was an juristischen Bemerkungen unterläuft, kann nur Kopfschütteln erregen; so sein Vorwurf gegen die „atomistische“ Willenslehre (S. 177), sie sehe überall Verträge, nur da aber könne ein Vertrag beanspruchen, das Verhältnis zu beherrschen, wo er sich als „ersparter Prozeß“ ausweise.

Als Beleg für die Bedeutung seiner vierten Willensstruktur, des „guten Willens“, führt Rosenstock (S. 177) an, die englische Rechtsprache habe für den Verzicht auf Patente den technischen Ausdruck „goodwill“. Mir ist der Ausdruck in diesem Sinne weder in Urteilen noch im Schrifttum des anglo-amerikanischen Rechts begegnet, und auch in englischen Rechtswörterbüchern habe ich ihn nicht gefunden. Ich kenne ihn nur als Bezeichnung des Geschäftswertes oder der Kundschaft.

Wenn es Rosenstock nicht gelungen ist, für die beiden von ihm behandelten Rechtsbegriffe des bisherigen Rechts ihre Unbrauchbarkeit für das geltende Recht und die Notwendigkeit ihres Ersatzes durch die neuen Begriffe des „Industrierechts“ zu erweisen, so ist damit zugleich auch gesagt, daß sein Versuch, ein neues Rechtssystem des „Industrierechts“ an die Stelle des bisherigen zu setzen, gescheitert ist.

Auch die These, die Rosenstock von Spengler übernommen hat, daß an die Stelle der „statischen“ Begriffe „dynamische“ zu setzen seien, ist durch seine Erörterungen nicht klarer geworden.

Die Forderung, daß die Rechtswissenschaft heute zu naturwissenschaftlichem Denken übergehen müsse, ist schon älteren Datums. Anscheinend sind Rosenstock die Arbeiten Wilhelm Ostwalds unbekannt geblieben. In einem Aufsatz „Die energetischen Elemente des Rechtsbegriffs“ (Bl. für vergleich. Rechtswiss. u. Volkswirtschaftslehre 1909 S. 173 ff. und „Forderung des Tages“ 1910 S. 379 ff.) verlangt Ostwald eine energetische Betrachtung des Rechts, d. h. die Behandlung der Rechtsvorgänge unter dem Gesichtspunkt ausgelöster Energien, die gegeneinander wirken und auszugleichen seien. Vgl. auch Ostwalds „Energetische Grundlagen der Kulturwissenschaft“ 1909, 10. Vorlesung: Recht und Strafe.

Die Auffassung Ostwalds ist auch von einem Richter vertreten worden, nämlich von dem damaligen Oberlandesgerichtsrat Bozi in seinem vielbeachteten, heut allerdings fast vergessenen Buche „Die Weltanschauung der Jurisprudenz“, dessen 1. Auflage 1907 erschienen ist. Vgl. auch den Aufsatz Bozis „Recht und Naturwissenschaft“ in den von Ostwald herausgegebenen „Annalen der Naturphilosophie“, 1. Jg. (1902), S. 414 ff. Ferner Erich Warschauer, Versuch einer Rechtsenergetik, Arch. f. R. u. WPhil.¹⁰ 352 ff.,¹¹ 52 ff.

Im Grunde ist die von Spengler geforderte „dynamische“ Betrachtung nichts anderes als Ostwalds „energetische“.

Wenn damit gesagt sein soll, daß die Darstellung der Rechtsinstitute diese nicht nur im Ruhezustande, sondern auch in ihrer lebendigen Wirksamkeit zu schildern habe, so dürfte diese Forderung nichts Neues sein (vgl. z. B. die bekannte Schrift Nußbaums über „Rechtstatsachenforschung“) und zu ihrer Begründung nicht den Begriff eines „Industrierechts“ nötig haben.

Wird aber mehr damit gefordert, so beweist das nur, daß der Urheber der Forderung sich über den wesentlichen Unterschied zwischen Naturwissenschaft und Geisteswissenschaften nicht hinreichend Rechenschaft gegeben hat.

Was sind übrigens „dynamische“ im Gegensatz zu „statischen“ Rechtsbegriffen? Der Begriff der „Person“ kann ebenso gut „dynamisch“, wie der Begriff der „Macht“ „statisch“ sein; eine Person kann handeln, eine Macht kann ruhen.

Eines jedenfalls dürfte die Schrift von Rosenstock bewiesen haben, nämlich, daß die von Spengler den deutschen Juristen gestellte Aufgabe lediglich auf einer unklar gedachten geistreichen Antithese beruht, die für die Rechtswissenschaft ebenso unbrauchbar ist wie für die Rechtsanwendung.

Die Darlegungen von Rosenstock sind übrigens in ihrer Mehrzahl nicht juristisch, sondern soziologisch. Ich möchte, um kein Mißverständnis aufkommen zu lassen, gleich dazu erklären, daß dieser Gegensatz nicht etwa im Sinne von Kelsen gemeint ist, wonach der Inhalt der Rechtssätze nicht juristisch, sondern metajuristisch sein soll. Aber gerade, wer die Lehre Kelsens als lebensfremd und blutleer bekämpft, muß um so entschiedener dafür eintreten, daß Rechtsbegriffe die für ihre Anwendung erforderliche Klarheit und Schärfe behalten, und daß bildhafte Ausdrücke niemals Begriffe ersetzen können.

Die rechtsphilosophische Schule Kelsens bedeutet für die Entwicklung der Rechtswissenschaft wegen der Inhaltslosigkeit und Kälte ihrer rein formalen Rechtsbegriffe eine große, nicht scharf genug zu bekämpfende Gefahr. Auch Rosenstock lehnt daher mit gutem Grund die „Rechtsmathematik“ der Neu-Wiener Schule ab, die er „als Symbol des Zusammenbruchs des Machtstaates Österreichs“ bezeichnet (S. 155).

Diese Bezeichnung allerdings kennzeichnet mehr die Schreibweise Rosenstocks als die Wiener Schule: seine Neigung, mit geistreichen Wendungen, die an Spengler gebildet sind (vgl. z.B. S. 16 die Antithese der „Geschlossenheit des Funktionsraums“ der Machtwirtschaft gegenüber dem „bisherigen gesellschaftlichen Raum“), undeutliche Vorstellungen anzuregen, statt klare Gedanken zu formulieren.

Diese Art rechtsphilosophischen Schrifttums bildet eine mindestens ebenso große Gefahr wie die Wiener Schule. Sie muß daher überall, wo sie angetroffen wird, ebenso entschieden abgelehnt werden.

Sicherlich gibt es auf dem Gebiet des Rechtslebens genügend Vorgänge, die sich nicht rein rational erfassen und scharf begrifflich formulieren lassen. Es ist sogar ein empfindlicher Mangel unserer Rechtswissenschaft, daß sie diesen Vorgängen noch fast ganz ablehnend gegenübersteht. Aber für dogmatische und systematische Erörterungen gilt das nicht. Hier ist Klarheit des Denkens und Schreibens wissenschaftliches Erfordernis.

Berlin.

Hermann Jsay.

Fritz Haußmann: Grundlegung des Rechts der Unternehmens-Zusammenfassungen. J. Bensheimer, Mannheim, Berlin und Leipzig, 1926. 8°, XII und 200 Seiten.

Das außerordentlich verdienstvolle Buch paßt insofern nicht zu seinem Titel, als man nach diesem eine theoretische Grundlegung des Rechts der Unternehmens-Zusammenfassungen von ihm erwarten sollte. Das ist es jedoch nicht. Dagegen ist es eine sehr interessante und förderliche Äußerung eines erfahrenen Praktikers zu den mannigfachen Problemen, welche die Unternehmens-Zusammenfassungen dem Juristen heute noch stellen und lange Zeit stellen werden.

Königsberg i. Pr.

Dr. Otto Schreiber.

Alexander Marx, Die rechtliche Natur des Besserungsscheins. Mannheim 1927, J. Bensheimer. 109 S.

Mit glücklichem Instinkt hat M. für seine juristische „Erstlingsarbeit“ sich ein wirtschaftlich wie rechtlich interessantes und wichtiges Thema gewählt. Eine gewisse Aktualität ist demselben nicht abzusprechen. Dem Gedanken, die Sanierung eines Schuldners dadurch zu erleichtern, daß er einen Teil der Forderungen seiner Gläubiger jetzt bezahlt, den anderen Teil aber erst dann, wenn seine Vermögenslage wieder besser geworden ist, hat man im Ausland viel mehr Beachtung geschenkt als in Deutschland. Der Besserungsschein ist zwar auch hier kein unbekanntes Institut; dasselbe ist aber bisher noch nicht genügend juristisch durchgearbeitet gewesen. Im wesentlichen hat sich nur die Rechtsprechung mit demselben befaßt.

M. gibt zunächst eine Schilderung des Zweckgedankens und der praktischen Verwertung des BsCh. Die Beschränkung, die er dem BsCh. auf im Konkurs oder Zwangsvergleich nicht befriedigte Beträge

gibt, erscheint mir sachlich nicht gerechtfertigt. In der Praxis kommt der Bschr. nach meiner Erfahrung häufiger fast bei außergerichtlichen Akkorden, sei es mit der gesamten Gläubigerschaft, sei es mit einzelnen Gläubigern vor.

Der Verf. knüpft an diesen rechtstatsächlichen Umstand eine ausführliche Erörterung der für die Beurteilung der rechtlichen Natur des Bschr. in Betracht kommenden Momente. Zutreffend kommt M. zu dem Schluß, daß durch den Bschr. die Gläubiger eine neue, abstrakte Forderung erhalten. Beachtlich sind seine Ausführungen über den sog. „moralischen“ Bschr., dem er mit Recht auch eine gewisse rechtliche Verbindlichkeit und Klagbarkeit zuerkennt. In einem Anhang gibt Verf. eine Reihe von Formularen; aus zwei derselben ergibt sich auch, daß ein außergerichtlicher Akkord in Frage stand. Man wird gegebenenfalls gut tun, sich dieser Schrift zu erinnern und sie zu Rate zu ziehen.

Frankfurt a. M.

Justizrat Dr. Ludwig Wertheimer.

Anzeigen und Anregungen.

Freud und § 282 BGB.

Freud lehrt, der gemeinsame Charakter von Vergessen, Versprechen, Vergreifen, Aberglauben und Irrtum liege in der „Rückführbarkeit der Phänomene auf unvollkommen unterdrücktes psychisches Material, das, vom Bewußtsein abgedrängt, doch nicht jeder Fähigkeit, sich zu äußern, beraubt worden sei“. (Zur Psychopathologie des Alltagslebens, S. 310.) Er behauptet, jeder solchen Erscheinung liege ein durch Psychoanalyse nachweisbarer Wunsch zugrunde, der aber vom Bewußtsein in das Unterbewußtsein verdrängt sei und sich nur durch Störung der bewußten Handlungen verrate. Ich weiß nicht, ob schon jemand darauf hingewiesen hat, daß sich ein analoger Gedanke im Bürgerlichen Gesetzbuch findet. § 282 BGB. sagt: „Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner.“ Es wird also eine Vermutung dafür begründet, daß der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung verschuldet habe. Diese Erschwerung der Rechtsposition des Schuldners ließe sich recht wohl damit rechtfertigen, daß der Schuldner die Unmöglichkeit wenigstens im Unterbewußtsein, wenn auch verdrängt, gewollt und somit, wenigstens subjektiv, verschuldet habe. Ich halte es nicht für ausgeschlossen, daß ein dem Freudschen ähnlicher Gedanke, und zwar aus dem Rechtsunterbewußtsein heraus, die Vorschrift beeinflußt hat.

Leipzig.

Landgerichtsdirektor du Chesne.

Probleme der Rechtsphilosophie

von

Dr. phil. et jur. Erich Bernheimer †

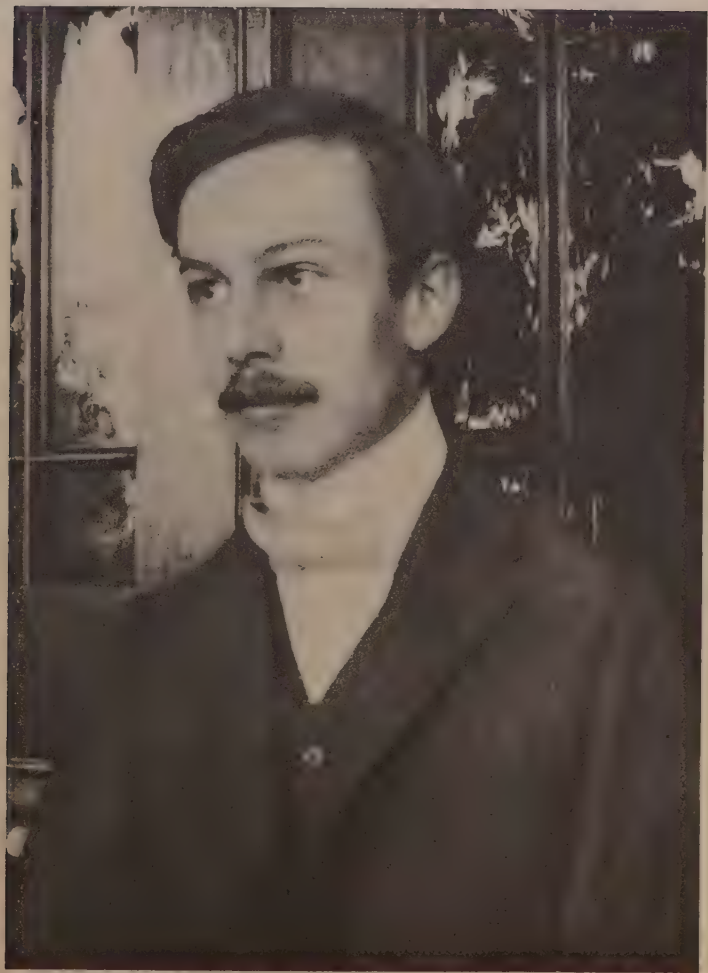
Mit einem Geleitwort

von

Hans Kelsen

Berlin-Grünwald
Dr. Walther Rothschild
1927

Alle Rechte vorbehalten



Dr. Erich Bernheimer

Geb. 1888 — gest. 1915

Inhalt.

Geleitwort. Von Hans Kelsen, Wien	V
Einleitung:	VII

1. Die Möglichkeiten der Rechtssetzung.

I. Begriff des Rechts im objektiven Sinn.	1
II. Die Grenzen des Rechts.	
1. Die Möglichkeit des Rechtsinhalts.	13
2. Die jeweiligen Grenzen des positiven Rechts und die subsidiäre Rechtsergänzung. Exkurs: Prinzipien der Interpretation.	17
3. Die Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung.	35
III. Die möglichen Rechtsinhalte.	
1. Gruppierungsmethoden.	38
2. Die obersten Rechtsbegriffe.	41
3. Die Rechtsbegriffe im allgemeinen, juristische Konstruktion und die Möglichkeit methodischer Rechtswissenschaft.	54

2. Die rechtsgestaltenden Kräfte.

I. Soziologie und Psychologie der rechtsschaffenden Macht.	63
II. Die Rechtsideen.	
1. Allgemeines.	69
2. Gerechtigkeit und Billigkeit.	71
3. Die natürliche Ordnung, das „Logische“ und die Natur der Sache im positiven Recht.	85
4. Rechtsgefühl und ethisches Gefühl.	89
5. Die Ideen der Freiheit und der Solidarität.	93
6. Zweckmäßigkeit.	96

3. Die Prinzipien des besten Rechts.

I. Allgemeines und der oberste Rechtszweck.	101
II. Die Prinzipien des besten Inhalts.	
1. Die Prinzipien der besten Ziele.	107
2. Die Prinzipien der besten Mittel.	116
III. Die Prinzipien der besten Rechtssetzungsmethoden.	120

Geleitwort.

Gerne entspreche ich dem Wunsche der Angehörigen des im Jahre 1915 verstorbenen Dr. Erich Bernheimer, dieser Schrift einige Geleitworte voranzuschicken. Nicht nur aus menschlichen Gründen: weil es gilt, mitzuhelfen an einem Werk pietätvoller Liebe, die einem allzufrüh Verstorbenen das eigene Lebenswerk zum Totenmal aufrichtet. Sondern mehr noch aus Rücksichten sachlicher Art. Ich habe Dr. Erich Bernheimer persönlich nicht gekannt und stehe wissenschaftlich in vielen prinzipiellen Fragen auf anderem Boden als er. Aber ich vermeine, dass in unseren Tagen, da das ewige Problem des Rechtes wieder unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit aufgerollt wird, gerade dieses Werk nicht verloren gehen soll. Denn obgleich es noch aus der Zeit vor dem großen Krieg stammt, aus der Zeit, da man sich bei der Positivität des Rechtes beruhigte, stellt es dennoch schon der Rechtsphilosophie die Aufgabe: „zu zeigen, daß es ein jeweils bestes Recht gibt und die immer gültige (formale) Methode aufzustellen zur Aufindung des den gegenwärtigen Bedürfnissen am besten angepaßten, die gegenwärtig besten Ziele am besten fördernden Rechts“. In dem Ringen um dieses große Problem ist die Schrift Dr. Erich Bernheimers ein wertvolles Dokument.

Da sie erst so viele Jahre nach dem Tode des Autors erscheint, muß der Leser entschuldigen, daß die neuere Literatur zu den einschlägigen Fragen unberücksichtigt bleibt, und auch, daß die stilistische Durcharbeitung gelegentlich etwas zu wünschen übrig läßt. War es doch dem Verfasser nicht mehr vergönnt, die letzte Hand an sein Werk zu legen. Aber wohl darf man hoffen, daß diese kleinen Mängel aufgewogen werden durch den tiefen sittlichen Ernst und das heiße Bemühen, mit denen Erich Bernheimer seine Aufgabe zu bewältigen unternommen hat.

Hans Kelsen.

Wien, im Juli 1927.

Einleitung.

Der Name „Rechtsphilosophie“ hat in vielen Kreisen einen schlechten Klang. Als die sogenannte historische Schule der Rechtswissenschaft dem „Naturrecht“ den Garaus machte oder zu machen suchte — freilich ganz ohne wahrhaft „historisches“ Verständnis für die historische Funktion eben dieses „Naturrechts“, — da wurde — wenigstens in der deutschen Wissenschaft — auch dieses Wort in Acht und Bann getan. Und wenn man sich heute auch wieder viel mit den Problemen der Rechtsphilosophie beschäftigt, so schrecken — oder schrecken wenigstens bis vor kurzem — gerade die bedeutenderen unter den Autoren vor dieser Benennung zurück und sprechen vom „Zweck im Recht“, von „Rechtsenzyklopädie“, „Allgemeiner Rechtswissenschaft“, „Vergleichender Rechtswissenschaft“, „Soziologie“ usw.

Was ist also die Veranlassung dafür, nicht diesen Beispielen zu folgen, sondern einen muffig riechenden Namen auszugraben, der in der gemeinen Meinung mit der Vorstellung unklarer Wünsche oder erdferner Spekulationen verbunden ist, und ihn an die Spitze von Untersuchungen zu stellen, deren Absicht es doch mindestens nicht ist, alte Irrtümer in neuer Auflage herauszugeben?

Man hat vielfach bemerkt, daß die Geisteswissenschaften von der Sprache abhängiger sind als die Naturwissenschaften. Für den heutigen Zustand ist die Beobachtung richtig. Aber es wäre verfehlt zu meinen, daß das „im Wesen der Sache“ liege und immer so bleiben müsse. Es bringt dies vielmehr die relative Jugend der Geisteswissenschaften mit sich und es haben auch die Naturwissenschaften ehemals viel stärker am Wort gehaftet und sich vielleicht auch heute noch nicht ganz davon befreit; ein Grund mehr, scheint es, nicht an mißliebigen Ausdrücken zu hängen!

Allein hier liegen die Dinge doch anders. Die Surrogatausdrücke bezeichnen an d e r e wissenschaftliche Disziplinen und eine gewisse Systematik der Terminologie ist doch auch im Interesse der Denkökonomie.

Philosophie ist „quite unified knowledge“, ist In-Übereinstimmung-Bringen aller Einzelresultate, ist die Wissenschaft von den (möglichst) letzten Gründen und (möglichst) letzten Zielen und es werden so die Voraussetzungen und Resultate der anderen Wissenschaften der Philosophie zum Problem. Und eine philosophische Disziplin ist das, was noch in seinem Fundament schwankend ist und daher von Grund auf gebaut werden muß. Und so wenig demzufolge Philosophie eine Enzyklopädie aller Einzelwissenschaften ist, so wenig ist allgemeine Rechtswissenschaft (d. h. die Wissenschaft des allen Spezialrechtsdisziplinen Gemeinsamen) Rechtsphilosophie, die vielmehr die Be-

ziehungen des Rechts zum Leben, seine Entstehung, Wirkung, Zweck, Grenzen behandelt; während also der allgemeinen Rechtswissenschaft das Recht als solches Voraussetzung ist, ist der Rechtsphilosophie diese Voraussetzung gerade Problem.

Es sind dabei auch (im ersten Teil dieser Untersuchungen) Probleme behandelt, die gemeinhin der allgemeinen Rechtslehre zugerechnet und in jedem Pandektenbuch vorgetragen werden. Aber die nachfolgenden Untersuchungen werden zeigen, daß diese obersten und umfassendsten Rechtsbegriffe nur im größeren Zusammenhang nach philosophischer Methode kritisch behandelt werden können.

Rechtsphilosophie ist aber auch nicht die Wissenschaft über das jeweils nützliche *de lege ferenda*. Es war das früher einmal anders, als nur die großen Ziele und grundstürzenden Änderungen so gelehrt wurden, während kleine praktische Änderungen auf dem Wege der Gewohnheit, des Gerichtsgebrauchs oder der (unbewußten oder mindestens naiven) teleologischen Interpretation einfach eingeführt wurden. Heute brauchen wir auch eine Wissenschaft dieser Dinge. Die langsame unbewußte Ausbildung des Nützlichen gelingt uns größtenteils nicht mehr. Die Bildung von Gewohnheitsrecht — zwar immer noch stark geübt — verhindert mehr und mehr unsere allzu bewußte Denkart, in manchen Dingen überdies die Trennung von Recht und Volksbewußtsein. Teleologische Interpretation ist unbewußt zwar möglich, bewußt aber gefährlich und kaum zweckentsprechend; an ein immergültiges einzig vernünftiges Naturrecht glauben wir nicht mehr. Wir brauchen eben heute — bewußt geworden — die volle absolute Wahrheit mit bewußt zeitlicher Zwecksetzung, da wir Bedürfnissophismen wie das „Naturrecht“ als — absolut genommen — unhaltbar durchschauen und daher nicht daran glauben. Eben die volle Wahrheit ist uns Bedürfnis und deshalb können wir sie auch erkennen. „Freie Rechtsfindung“ nach bloßem Rechtsgefühl ist zu allermindest noch nicht möglich, da das Rechtsgefühl doch viel Individuelles enthält und daher auch zu Rechtsunsicherheit führt, da ferner das Recht oft zweckmäßigerweise ohne, oder sogar gegen das Rechtsgefühl andere Ziele verfolgt und endlich in vielen Dingen das Rechtsgefühl überhaupt schweigt.

Aber auch die Gesetzgebung kann nicht die jeweils nützlichen Rechtsinstitutionen aus dem Boden stampfen. Sondern, da sie heute nicht mehr in dem Maß wie früher durch unbewußte Entwicklung vorbereitet werden, so muß getrachtet werden, dies durch bewußte Überlegung zu ersetzen.

Denn „es ist ein Wahn der älteren historischen Schule, den man nicht nachdrücklich genug abweisen kann, als lasse sich mittelst bloßer Jurisprudenz, mittelst bloßer Kombination und Exemplifikation von geltenden Rechten, durch eine Art von juristischer Selbstbefruchtung, bestehendes Recht reformieren und neues Recht schaffen, das wirklich praktischen Wert habe.“ (Friedrich Jodl: „Über das Wesen des Naturrechts und seine Bedeutung für die Gegenwart“ in „Juristische Vierteljahresschrift“ B. 25).

Und es ist auch in der Tat eine Selbsttäuschung, wenn man heute vielfach meint, bloß positivistische Rechtswissenschaft zu treiben. Tatsächlich urteilt man immer, diese Bestimmung sei zweckmäßig, jene nicht, ferner gerecht, naturgemäß, dem Rechtsgefühl entsprechend oder nicht, usw. Bloß die pandektistische Wissenschaft konnte sich

mehr oder minder mit einer „positivistischen“ Rechtswissenschaft begnügen, da man teleologisch vorging und ins gemeine Recht im Grunde hineininterpretierte, was man eben brauchte. Diese große Freiheit, nicht etwa die Vollendung ihres Substrats, des römischen Rechts ist auch wohl die Ursache der führenden, Neues bildenden Stellung dieser Wissenschaft gewesen.

Was die Rechtsphilosophie der idealistischen Rechtswissenschaft, der Wissenschaft *de lege ferenda* leisten kann, das ist zu zeigen, daß es ein jeweils bestes Recht gibt und die immergültige (formale) Methode aufzustellen zur Auffindung des den gegenwärtigen Bedürfnissen am besten angepaßten, die gegenwärtig besten Ziele gegenwärtig am besten fördernden Rechtes. Die Methode der Förderung und Durchsetzung ist Sache der Soziologie. Ebenso ist die Abschätzung tatsächlicher Ziele, die Eruiierung künftiger Bedürfnisse und die Auffindung der wünschenswerten Ziele, Aufgabe von Werttheorie, Soziologie, Nationalökonomie und Ethik. Bloß die Methode zur Auffindung der Mittel zu diesen Zielen, soweit diese Mittel rechtlicher Natur sind, sein können, oder eigentlich sein sollen, ist „idealistische“ Rechtsphilosophie.

Schon aus diesen Erwägungen allein folgt, daß absolute, immergültige inhaltliche Kriterien des richtigen Rechts, wie sie etwa Rudolf Stammler aufstellen will, nicht möglich sind, es sei denn, die Ethik lieferte absolute Ziele. Da aber die Bedürfnisse wechseln, wechseln auch die Werte. Und daher ist es nur möglich, relative, bedingte Normen aufzustellen, die das Recht in seinem Inhalt determinieren sollen: und zwar kann das zur Rechtfertigung von auf anderem Wege ohne Beachtung dieser Normen Gewordenem dienen und auch allenfalls unmittelbar zur bewußten Hervorbringung des besten Rechts. Denn gleichgültig, wie es um die Frage stehen möge, ob man den Urgrund, das letzte „Warum“ des Sollens aus dem Sein herleiten kann oder nicht, das eine ist sicher, daß zumindest alles spezielle Sollen nur auf einer Erkenntnis des Seins aufgebaut werden kann, weil alles Sollen schließlich nur den Inhalt und den Sinn hat, ein Sein zu verändern, anders zu gestalten, um schließlich ein anderes Sein zu werden. Diese doppelte Verknüpfung des Sollens mit dem Sein — anscheinend selbstverständlich, aber merkwürdigerweise in neuester Zeit doch oft verkannt — macht seine Erkenntnis zur Voraussetzung für jede besondere normative Aufstellung.

Bevor man aber eingreift, ist es teilweise unbedingt nötig, teilweise doch wenigstens gut und nützlich, erstens überhaupt die Möglichkeiten zu kennen, und zweitens zu wissen, wie die Dinge uneinflußt „von selbst“ ihren Gang gehen; d. h. in unserem Fall zwar durch bewußte menschliche Tätigkeit, die sich aber die (in unserem Sinn) wesentlichen Folgen ihrer Handlungen nicht als Zwecke setzt und klar vor Augen hält. Und daran ändert auch die Tatsache nichts, daß es hier doch wohl nur wenig gibt, das besser auf in unserem Sinn unbewußtem Wege vor sich geht, wie z. B. in manchen Dingen der Kunst alles jedenfalls an sich auch bewußt möglich ist.

Und dazu kommt noch eines: m. E. haben diejenigen nicht recht, die die Rechtsphilosophie darauf beschränken wollen, tatsächliche Entwicklungsziele zu erkennen und diese dann zu fördern. Mir scheinen vielmehr wünschenswerte Ziele wissenschaftlich aufstellbar. So ist

ein solches Beginnen keineswegs — wie von der anderen Seite übers Ziel schießend gemeint wurde — in sich widerspruchsvoll, unmöglich oder wenigstens überflüssig, weil ja auch die Umwege der Entwicklung kausiert i. e. notwendig wären. Denn es gibt eine erkennbare Zielnotwendigkeit, die auf kürzerem oder längerem, mehr oder weniger Opfer heischendem Wege erreicht werden kann, wenn auch schließlich notwendig (irgendwie) erreicht werden muß. Hat man aber dieses notwendige Ziel und den kürzesten und besten Weg dahin erkannt, so kann man eben diesen bewußt einschlagen und manches unnütze Opfer (an minderwertigen Mitteln oder an Opposition gegen das Unvermeidliche) ersparen. Und schließlich will man doch auch das Andersgewordene „verstehen“, in seinen Ursachen begreifen. Dieses Begreifen lehrt aber durchaus nicht, wie die im verflossenen halben Jahrhundert herrschende Lehre meinte, eine simple historische Betrachtung, lehrt weder eine Betrachtung des jeweiligen „Nationalcharakters“ noch eine Untersuchung des jeweils sozial Zweckmäßigen. Die rechtsschöpferischen Kräfte sind viel mannigfaltiger, aber sie sind, wie der nachfolgende Versuch zeigen soll, einer systematischen Behandlung wenigstens zum Teil fähig. Und so ist Aufgabe unserer Untersuchungen sowohl „positivistisch“-deskriptive als auch „idealistisch“-normative Rechtsphilosophie.

Mit dem Gesagten ist auch bereits der Boden gekennzeichnet, auf dem die nachfolgende Darstellung stehen soll: der Boden empiristisch-anthropologischer Philosophie. Das bringt eine eigentümliche Schwierigkeit mit sich.

Mehr als ein halbes Jahrhundert hindurch ist — vornehmlich im deutschen Wissenschaftsgebiet, aber auch anderwärts — die Rechtsphilosophie ein Stiefkind philosophischen und juristischen Denkens gewesen. Und ist es in manchem Belangen bis heute geblieben. Zwar ist neuerdings von Männern neuhegelianistischer und neukantianischer Richtung die Rechtsphilosophie wieder bearbeitet worden, die auf empirischer Grundlage ruhende Philosophie aber war an diesem Aufschwunge — anscheinend — wenig beteiligt. Was von dieser Seite aus an rechtsphilosophischen Gedanken zutage gefördert wurde, das wurde in Ethik und Soziologie verarbeitet, segelte auch da und dort unter der Flagge „allgemeiner Lehren“ in pandektistischen und staatsrechtlichen, vielfach auch in nationalökonomischen Untersuchungen. Im besonderen von den Männern, die am Ausgang des 19. Jahrhunderts die totgesagte Wissenschaft der (humanen) Ethik in Deutschland wieder zu kräftigem Leben erweckt haben, von Georg von Gizycki, Wilhelm Wundt, Harald Höffding, Friedrich Paulsen und Friedrich Jodl, ist gleichzeitig auch die ebenso totgesagte Rechtsphilosophie im Sinne empiristisch-anthropologischer Weltanschauung behandelt worden. Und ein gutes Stück empirischer Rechtsphilosophie — wenn auch vielleicht irregeleiteter, wie wir meinen — steckt in der Freiheitsbewegung unserer Tage. Was da geleistet wurde ist gewiß nicht zu unterschätzen. Allein all diesen verstreuten Gedanken und Untersuchungen mangeln einerseits die systematischen Grundlagen, andererseits jene Folgen systematischer Betrachtung: Klärung der Probleme und denkökonomisch-einheitliche Gruppierung der Lösungen. Nur in der italienischen und einigermaßen auch in der englischen Literatur (wohl auch in der mir nicht zugänglichen ungarischen) hatte man — vielleicht

durch äußere Umstände gefördert — auch auf empiristischer Seite den Mut, Rechtsphilosophie unter dem richtigen Namen in systematischem Zusammenhang zu dozieren.

Und doch ist gerade der systematische Zusammenhang in der Philosophie die Hauptsache. Es wäre daher sehr bedenklich gewesen in einer in ihren Grundlagen so schwankenden Disziplin, die einer modernen systematischen Bearbeitung auch nur einigermaßen verwandten Richtung entbehrt, Teilprobleme als Teilprobleme zu behandeln. Es war vielmehr unsere Aufgabe, gleichzeitig die Grundlinien eines Systems empiristischer Rechtsphilosophie zu ziehen.

Deshalb ist die folgende Darstellung insoweit zum System geschlossen worden, als keine der Teiluntersuchungen in der Luft schweben soll. Aber keineswegs ist Vollständigkeit, ein System im eigentlichen Sinne angestrebt, vieles nur oberflächlich zu Verbindungszwecken behandelt, viel mehr noch, wo dies nicht nötig schien, ganz übergangen.

Der Gang der Untersuchung ist durch den gekennzeichneten Zweck bestimmt. Die Möglichkeiten, die Wirklichkeiten und die Ideale der Rechtssetzung sollen nacheinander zur Besprechung gelangen. Die Frage nach den Möglichkeiten ist im Wesentlichen die Frage nach den Grenzen und nach den möglichen Inhalten der Rechtssetzung. Daran reiht sich die Frage, welche Momente es sind, die die Rechtssetzung tatsächlich bestimmen, insbesondere welche Ideen hier tatsächlich Einfluß üben. Und schließlich, vorbereitet durch diese beiden deskriptiven Untersuchungen das normative Problem: die Prinzipien des besten Rechts. Allerdings, für die Aufstellung der Prinzipien selbst sind die vorausgehenden deskriptiven Untersuchungen nur zum geringsten Teil, nur insoferne Voraussetzung, als sie dartun, welche Funktion das Recht im menschlichen Leben überhaupt ausüben kann, und insoweit könnte der Zusammenhang etwas lose scheinen. Sie wären aber notwendige Voraussetzung bei jeder Anwendung der Prinzipien. Denn um ein (zukünftiges) bestes Recht tatsächlich zu gestalten, muß man, wie bemerkt, erstens die möglichen Mittel kennen und muß zweitens wissen, wie die Dinge „von selbst“ ihren Gang gehen würden, wo und inwiefern es also überhaupt nötig wäre einzugreifen.

Die Darstellung ist abstrakt, teilweise vielleicht abschreckend abstrakt, Beispiele und Anwendung auf das geringste Maß beschränkt. Ein dünnes Buch, wenn auch schwer leserlich, schien mir einem dickleibigen flüssigeren Werke vorzuziehen. Auch im Zitieren wird teilweise von der üblichen Methode abgegangen. Selbstverständlich ist es angegeben, wo eine fremde Meinung entlehnt wurde. Anders, wo eine solche zu bekämpfen war. Außerordentlich viel wird in Philosophie und Jurisprudenz daneben polemisiert, weil man sich an zufällige Schwächen einer Meinung oder einer Beweisführung hängt, die von einem bestimmten Gelehrten vertreten wird, und dann glaubt, die These selbst widerlegt zu haben. Selbst wer alle konkret vorhandenen Meinungen widerlegt hat, hat im Grunde nichts getan — ganz abgesehen davon, daß ein solcher Versuch meist ins Uferlose führt. Dieses Übel ist nur dann an der Wurzel zu fassen, wenn man in diesem Belang — gerade in diesem Belang — dem Beispiel der Klassiker der Philosophie folgt und in jeder Beziehung betont: Es

handelt sich nicht darum, den Gelehrten X oder Y zu widerlegen, sondern darum, darzutun, daß diese und jene in abstracto mögliche Problemlösung unrichtig, oder unzulänglich ist. Diese abstrakt möglichen Lösungen entsprechen aber nicht immer konkreten Lösungen bestimmter Theoretiker und es ginge nicht an, sie ihnen in die Schuhe zu schieben. Deshalb wurde in solchen Fällen nicht zitiert.

Die Resultate werden — einmal ausgesprochen — vielfach selbstverständlich oder hie und da auch schon bekannt erscheinen. Allein es handelt sich darum, daß die Dinge in möglichster denkökonomischer Allgemeinheit im richtigen Zusammenhang mit richtiger Begründung dargestellt werden. Aber selbst davon abgesehen ist wie die Philosophie überhaupt, so auch die Rechtsphilosophie keineswegs unpraktisch, viel praktischer jedenfalls als jene Kleinigkeitskrämerei, die man ihr oftmals als allein wahre „Wissenschaft“ entgegengehalten hat. In Wahrheit bildet sich ja fast jeder Forscher irgend eines Gebietes seine Meinung über die „Grundlagen“ — und braucht sie auf Schritt und Tritt —, nur freilich unkritisch, und daher vielfach falsch. Und so sicher auch die Philosophie irgend einer Zeit Ausfluß und Ausdruck des jeweiligen Lebens- und Erkenntnisbedürfnisses ist, so findet hier doch auch eine Wechselwirkung statt: groß, größer als man meist anzunehmen geneigt ist, ist der Einfluß der Philosophie auf Leben und Wissenschaft. Und deshalb kann man jenen Satz Fichtes auch sehr wohl umkehren und sagen: Was für ein Mensch und Forscher einer ist, das hängt auch davon ab, was für eine Philosophie er hat.

Wien 1915.

1. Teil.

Die Möglichkeiten der Rechtssetzung.

I. Begriff des Rechts im objektiven Sinn.

Vielbestritten sind in der juristischen Literatur die Grundbegriffe des Rechts. Bald unter dem Hinweis, daß dies oder jenes der gemeinen Meinung nach unzweifelhaft Recht „sei“, (oder nicht sei), bald unter Berufung auf den Sprachgebrauch — übrigens im Grunde ein- und dasselbe — wird diese oder jene Begriffsbestimmung empfohlen. Auf so schwankem Grunde entstehen natürlich zahllose Kontroversen. Aber selbst wenn auf solchem Wege eine eindeutige Lösung möglich wäre und selbst abgesehen davon, daß speziell in unserem Falle bei der Frage nach dem Begriff des Rechtes im objektiven Sinn die übliche induktive Methode einen Zirkel enthält, vermag doch eine solche Lösung jedenfalls nicht der Frage nach dem „Warum“ standzuhalten. Alle wissenschaftliche Begriffsbildung ist vielmehr eine Frage wissenschaftlicher Zweckmäßigkeit. Und überall da, wo es sich um Grundbegriffe handelt, ist nicht die bezügliche Spezialwissenschaft allein kompetent, — es handelt sich ja gerade um Zwecksetzung und darunter auch um Grenzbestimmung für diese Wissenschaft — sondern nur der größere Komplex, letztlich die Philosophie. Freilich ist dabei immer mit in Rechnung zu ziehen, daß die bisherige Wissenschaft oftmals mit Begriffen operiert hat, die an sich nicht zweckmäßig wären, deren Umsturz aber viele Revisionen nötig machen und gegen tiefwurzelnde Gewöhnungen verstoßen kann.

Es ist ein Gemeinplatz, daß ein Einzelwesen, daß Robinson kein Recht braucht und kein Recht haben kann. Wenn er seinem Herrschaftswillen irgendwelche Schranken zieht, die er als rechtliche empfindet oder empfinden will, so ist das erstens — worauf aber, wie später auszuführen, kein Gewicht zu legen ist — sein freier tatsächlich durch nichts garantierter, tatsächlich stets widerruflicher Wille und es hat ein solches Beginnen, zweitens — selbstverständlich unter der Voraussetzung, daß er auch für die Zukunft vollkommen isoliert auf seiner sonst von niemand und niemandes Interessen zu berührenden Insel bleiben soll — keinen außerhalb seiner Persönlichkeit liegenden vernünftigen Zweck. Manche werden solche Normen vielleicht als sittlich bezeichnen. Jedenfalls aber ist es für die übrige Welt bedeutungslos, ob ein solches „Recht“ in seinem Geiste lebt oder von ihm befolgt wird. Ein irgendwie relevantes Recht gibt es bloß beim Zusammenleben von Menschen. Dies allein bietet mehr als psychologische Probleme, dies allein ist unser Gegenstand.

Ferner ist geltendes Recht als solches Menschenwerk, d. h. Menschen sind allein (unmittelbare) Ursache seiner (generellen) Gel-

tung. Auf die Gründe gegen eine ausschließlich außermenschliche Geltungsquelle, d. h. gegen das Naturrecht im eigentlichen Sinn soll, sofern es heute überhaupt noch nötig ist, an anderer Stelle eingegangen werden. (Eine andere Frage ist es, ob Rechtsinhalt aus der Natur stammen kann, worüber eben dort zu handeln sein wird.)

Und zwar ist das Recht bewusstes Menschenwerk. Allerdings nicht notwendig seiner ganzen Entstehung nach: es kann sehr wohl durch eine unbewußte Übung bestimmten Inhalts vorbereitet werden. Aber so lange dies seitens aller nur unwillkürlich und unbewußt geschieht, ist dies eine bloße Tatsache, da ja ein Zuwiderhandeln unmöglich ist, es ist noch keine Norm.*) Ein Rechtssatz entsteht also erst im Augenblick, da sein Inhalt bewußt wird. Dies ist wohl auch die eigentliche Meinung derjenigen, die (am klarsten und schärfsten Julius Friedrich „Die Bestrafung der Motive und die Motive der Bestrafung“) nur dann von einem Rechtssatz reden wollen, wenn er als Wortformel vorliegt. „Wörtlich“ genommen würde diese Ansicht einen großen, ja wohl den größten Teil dessen, was heute Gewohnheitsrecht genannt wird, seines Rechtscharakters entkleiden, gegen herrschende Überzeugungen und unzweckmäßigerweise für die Gegenwart, unrichtigerweise für die Vergangenheit. Denn sowohl heute (auf den wenigen Gebieten, auf denen heute überhaupt dafür Raum ist), als auch einst, kann es sich meist nur um — mindestens zunächst — unformulierte Bildungen handeln, die erst hinterher, wenn sie schon längst durch Übung und allgemeine Überzeugung rechtens waren, durch die Rechtswissenschaft (oder etwa Rechtssprichwörter und dergl.) in Worte gefaßt werden und wurden; einer autoritativen Fassung ja größtenteils überhaupt entbehren, weshalb diese Formulierungen auch nicht einmal ein untrügliches Erkenntnismittel des Inhalts dieser Rechtsnormen bieten.

Das aber wird allseits zugestanden, daß das Recht selbst nicht diese Worte sind, noch weniger natürlich Papier und Druckerschwärze des Gesetzblattes oder die Tinte des Originals; sondern der Sinn, der darinnen liegt, also ein Geistiges. Nicht aber das Rechtsdenken des einzelnen Individuums, das vielleicht falsch sein kann, sondern objektiver Geist (im Sinne Hegels und der modernen Soziologie).

Der Sinn selbst, der Inhalt ist ein Befehl, ein Imperativ, (diese Worte hier synonym gebraucht) d. i. „Ausdruck eines Wollens, das seine Vollziehung von anderen erwartet“ (Bierling), indem der Inhalt dieses Wunsches künftiger Gestaltung in Form eines Urteils (in psychologischem Sinne) ausgesprochen wird; oder der Versuch für ein der Vernunftsmotivation zugängliches Wesen ein Motiv bestimmten Inhalts zu schaffen, determiniert durch Bedingungen (sog. juristische Tatsachen), bei deren Eintritt der Befehl zu vollziehen ist. Diese Elemente, die in abstracto den Inhalt der Norm, in concreto diejenigen, die den einer Norm resp. eines Rechtsfalles bilden, stehen, wie ersichtlich, in einem funktionellen und zwar einem teleologischen Zusammenhang. So wenigstens für die hier zweckmäßige Betrachtung.

*) Damit fällt Eugen Ehrlichs Unterscheidung des Gewohnheitsrechts in Entscheidungsnormen und gesellschaftliches Gewohnheitsrecht. („Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts“.) Es liegt durchaus kein Anlaß vor, diese Bildung der Sitte, die nicht Entscheidungsnorm geworden ist, der herkömmlichen Scheidung der Begriffe zuwider, dem Rechtsbegriff einzuordnen.

tungsart; wie sich der Rechtsinhalt von anderen Standpunkten aus darstellen läßt, soll bei der Besprechung der möglichen Rechtsinhalte ausgeführt werden. Denn an sich sind auch andere Konstruktionen möglich und die hier vorgeschlagene ist nur die zweckmäßigste, weil klarste und sparsamste. Denn es ist zwar richtig: Das Resultat der Rechtsnormen ist eine „Ordnung“. Aber es ist keine tatsächliche „Ordnung menschlichen Zusammenlebens“, die das Recht beschreibt — weder ein gegenwärtiger, noch ein vergangener, noch ein zukünftiger tatsächlicher Zustand, der auf Grund von Naturkausalität als notwendig oder wahrscheinlich erschlossen würde — sondern es ist eine rein ideelle Ordnung, ein Postulat, ein Sein — Sollendes. Um nun ein Sein — Sollendes zu erreichen oder ihm zuzustreben, gibt es nur zweierlei mögliche Mittel: erstens selbst in dieser Richtung tun, was in seinen Kräften steht, und zweitens andere vernünftige Wesen durch Imperative dazu zu veranlassen. Mit der ersten Art, mit „Pflichten gegen sich selbst“ hat das Recht nichts zu tun. Das Recht kann inhaltlich in nichts anderem bestehen, als in einer Summe von Imperativen, wofern man es nicht vorzieht, mit einer Reihe von Theoretikern Recht jene „Ordnung“ selbst zu nennen. Diese Konstruktion wäre an sich nicht unmöglich und auch nicht ganz unzulässig, wenn man sich dabei nur des Umstandes bewußt bleibt, daß die Mittel zur Erreichung jeder Ordnung eben nur Imperative sein können. Sonst führte die Konstruktion des Rechts als Ordnung zu einem nichts-sagenden Zirkel: Jene Ordnung, die man den Rechtszustand nennen wollte, wäre nicht etwa zu identifizieren mit dem Idealzustand der Menschheit schlechthin. Denn diesem Idealzustand, der seinem Wesen nach immer nur einer sein kann, wird nicht nur durch das Mittel der Rechts-„Ordnung“ (d. h. einfacher: der Rechtsnormen), sondern auch durch die „Ordnungen“ (oder Normen) von Moral und Sitte zugestrebt. Was also charakterisiert das Ordnungszustandsideal des Rechts gegenüber irgend einem andern Ordnungszustandsideal (z. B. dem der Sitte)? Offenbar nur, daß es die vom R e c h t gewollte Ordnung ist. Was aber ist Recht? Die besondere Ordnung usw. Läßt man aber den I n h a l t der Ordnung nicht außer acht, d. h. bleibt man sich bewußt, daß ihr besonderer Inhalt nur in ihren Mitteln besteht und daß diese Mittel Imperative sind, so ist die Konstruktion des Rechts als Ordnung ein überflüssiger Umweg. Und man gerät dabei überdies in einige begriffliche Schwierigkeiten oder wenigstens Widersprüche mit der gemeinen Meinung. Denn jene Ordnung ist als Sein — Sollendes ein Nicht — Seiendes, das Recht aber scheint zu existieren.

Im übrigen ist zu betonen, daß die Konstruktion des Rechts als Inbegriff von Imperativen nicht etwa eine Analogie ist, die einmal stimmt und ein andermal nicht, sondern eine Subsumtion, vorgenommen auf Grund der Erwägung, daß die Rechtsordnung begriffs-notwendig aus Imperativen bestehen muß, daher Schlüsse, die daraus gezogen werden, daß alle Rechtsnormen Befehle sind, ebenso stringente Deduktionen darstellen, wie jene, daß Cajus sterblich ist, weil alle Menschen sterblich sind und Cajus ein Mensch ist. Auch Organisationsgesetze, auch Dispositivnormen sind Befehle: es wird befohlen, in einer bestimmten Weise zu organisieren; es wird befohlen unter der Bedingung, daß keine gegenteilige Vereinbarung vorliegt. Und

Dürfen ist Nicht — Verboten — Sein. Sei dies durch Fehlen eines Rechtssatzes, sei es durch eine Norm, die festsetzt, was ohne dies gelte oder eine solche, die eine Ausnahme von einer verbotenden schafft, immer bedeutet das an sich Abwesenheit positiven Rechts. Anders allerdings in unseren Rechtssystemen, die damit meist Störungsverbot und Schutzgebot verbinden, dann besteht eben darin der Befehl (vergl. unten II 2). Dagegen ist Recht nur das, was Normcharakter hat, nicht etwa beliebige sonstige Worte (Danksagungen, Wünsche, Konklusionen), die den Formvorschriften fürs Zustandekommen von Gesetzen genügen. Allerdings muß man dabei vorsichtig sein, ob nicht doch ein Befehl mittelbar darin verborgen ist: so in aller Regel bei Legaldefinitionen u. dergl. *) Natürlich entscheidet nicht der sprachliche Ausdruck — der Imperativ ist in Gesetzen sogar selten, — sondern der Sinn, die Absicht.

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Imperativtheorie hat man neuerdings auch behauptet, es sei das objektive Recht eine Summe hypothetischer Urteile. Diese Meinung beruht — ähnlich wie die Theorie des Rechts als Ordnung im allgemeinen — auf einer unvollständigen Analyse. Es ist allerdings möglich, jedem Rechtssatz in der Form „Wenn A ist, so ist B“ auszudrücken. Allein es hat dann dieses „B“ notwendig und immer den Inhalt: Es befiehlt das Recht, daß N getan werde, N „solle“ getan werden. Denn an und für sich „ist“ d. h. „von selbst“ wirkt nur Naturkausalität. Rechtsfolgen sind nur dadurch zu verwirklichen, daß eben das Recht Menschen befiehlt, in gewissen Fällen („wenn A ist“) etwas Bestimmtes (N) zu tun, so daß ein bestimmter Zustand (M) zustande kommt. Dieser Zustand M ist aber keineswegs mit B identisch; mit anderen Worten: dieser Zustand M s o l l bloß hergestellt werden; er tritt aber keineswegs „von selbst“ und er tritt nicht immer ein, wenn A ist. Gleichwohl ist, wenn man B nicht mit M verwechselt, formell allerdings, die Theorie der hypothetischen Urteile nicht falsch. Sie bleibt nur bei der Zergliederung und Erklärung der Sache auf halbem Wege stehen und über-


*) Dies wird in der Anwendung häufig übersehen. Freilich kann man insofern von „fälschen“ Legaldefinitionen sprechen, als man eben annimmt, die Gesetzgeber hätten anderes gemeint, als sie gesagt haben. Aber daß dem so ist, muß bewiesen werden. Sonst geht es nicht an, sich über Legaldefinitionen hinwegzusetzen. So definiert z. B. § 948 des öst. allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches, (Widerruf der Schenkung wegen Undanks), den groben Undank: „Unter groben Undank wird eine Verletzung am Leibe, an Ehre, an Freiheit, oder am Vermögen verstanden, welche von der Art ist, daß gegen den Verletzten von Amtswegen, oder auf Verlangen des Verletzten nach dem Strafgesetze verfahren werden kann“. Und ähnlich heißt es in § 540 (Erbunwürdigkeit): „Wer den Erblasser, dessen Kindern, Eltern oder Gatten, aus bösem Vorsatz an Ehre, Leib oder Vermögen auf solche Art verletzt, oder zu verletzen gesucht hat, daß gegen ihn von Amtswegen, oder auf Verlangen des Verletzten nach den Strafgesetzen verfahren werden kann, der ist so lange des Erbrechts unwürdig, als sich aus den Umständen nicht entnehmen läßt, daß ihm der Erblasser vergeben habe“. Aber Theorie und Praxis sagten in seltener Einhelligkeit: Es ist in concreto noch zu prüfen, ob in einem strafbaren Tatbestand grober Undank verwirklicht ist, das Delikt so arg ist, daß es wirklich erbunwürdig macht; eine wörtliche Ehrenbeleidigung genügt dazu z. B. nicht. Das geht logisch nicht an. Freilich führt konsequentlogische Auslegung der angeführten Gesetzesstellen oft sehr weit (z. B. öffentlich oder vor mehreren Leuten zankende Ehegatten). Aber das kommt nur *de lege ferenda*, nicht *de lege lata* in Betracht.

geht gerade den entscheidenden Punkt, der eben das Recht charakterisiert; denn hypothetische Urteile sind auch (und zwar der alleinige) Inhalt der Naturwissenschaft.

Diese Erkenntnis, daß das Recht dem Reiche des Sollens angehört, berechtigt aber durchaus nicht, — dies sei hier in Parenthese bemerkt — zu der neuerdings aufgestellten Behauptung, es sei die Wissenschaft vom gesetzten Recht, die Jurisprudenz selbst eine normative Disziplin. Hier muß scharf unterschieden werden zwischen Wissenschaften die über Normen handeln, oder Normen die von sonst jemanden gesetzt sind, also Wissenschaften die selbst beschreibend sind, und solche, die selbst Normen setzen. Zu ersteren gehören z. B. religiöse Moral (deren Normen sich auf die Worte Gottes gründen,) Jurisprudenz, positivistische Rechtsphilosophie, ferner ein Ehrenkodex, ein „Knigge“ der beschreibt, was man tun soll, weil „man“ es für anständig hält; zu letzteren Ethik, Logik, Aesthetik, idealistische Rechtsphilosophie. Hier ist die wissenschaftliche Erkenntnis dessen, was sein soll, selbst die Autorität, die die Normen setzt.*)

Unberechtigt, weil unzweckmäßig, ist es von unserem Standpunkte für unsere Zwecke, den Begriff des Rechts im objektiven Sinn auf die abstrakt — generellen Normen einzuschränken. Es ist dies bloß ein Postulat des heute herrschenden Gerechtigkeitsprinzips und des Satzes der Gleichheit aller vor dem Gesetz, der keine unverdienten Privilegien dulden will; also ein bedingt geltendes Postulat richtigen Rechts. Allein vom deskriptiven Standpunkt aus ist in Rücksicht zu ziehen, daß Privilegien, favorable wie odiose, jedenfalls auch subjektive Rechte und Pflichten schaffen, im übrigen kein Unterschied bezüglich wissenschaftlichen und praktischen Verhaltens zwischen abstrakter und konkreter Regelung besteht und überdies die Grenze zwischen beiden mitunter fließend ist, sogar bloß ein Unterschied der Formulierung sein kann. Z. B. „Der Person A soll das Recht N zukommen“ oder „Jeder, der die Eigenschaften x und y besitzt, soll das Recht N zustehen“, und man wußte, daß diese Eigenschaften nur A besitzt. Oder, wenn man dies als verkapptes Privileg ablehnen wollte: Wie groß müßte die Zahl der Menschen oder Fälle sein, auf die die Merkmale passen? Man kann auch nicht annehmen, daß es eine von vornherein unbestimmte Zahl sein müsse: niemand wird etwa bestreiten, daß ein Gesetz, das sich auf die zur Zeit der Erlassung im Staatsdienst Befindlichen (auf später Eintretende nicht mehr) oder auf die in diesem Jahre Militärpflichtigen bezieht, objektives Recht sei.

Nun könnte man allerdings sagen, nicht in der tatsächlichen Formulierung, sondern in der Formulierungsmöglichkeit liege der Unterschied; wenn es möglich sei, einen Befehl so zu formulieren, daß die Bedingung einen allgemeinen Wortlaut hat, daß nicht schon aus diesem Wortlaut selbst die Anwendbarkeit auf bloß einen Fall zu ersehen wäre, mag er tatsächlich auch nur auf einen Fall passen und nur für einen Fall gemeint sein, so handelt es sich um eine allgemeine Norm. Allein es läßt sich j e d e r Individualbefehl in diesem

*) Kelsen bezweifelt, daß es solche Disziplinen geben könnte. Aber der Nachweis, wieso dies möglich ist, ist ja gerade die Grundvoraussetzung von Ethik und Logik. Und der Nachweis ihrer Existenzmöglichkeit ist auch der Disziplin der Rechtsphilosophie zweifellos gelungen. 

Sinne allgemein fassen, indem man eben sämtliche, das Individualgeschehen determinierenden allgemeinen Bedingungen angibt.

Und auch die — oben erwähnte — Bedingtheit der Befehle kann keinen Unterschied begründen. Nicht nur Privilegien, auch abstrakte Gesetze können unmittelbar — scheinbar unbedingt (die Bedingung ist hier eben die Bezeichnung der Person in irgend einer Weise) — subjektive Rechte und Pflichten schaffen und umgekehrt konkrete Normierungen sehr wohl (auch in anderer Beziehung) bedingte. Nur ein augenblicklich auszuführender Befehl ist unbedingt gesetzt. Ansonsten ist nicht nur jede Rechtsnorm, sondern jede abstrakt-generelle Norm und jeder konkret-spezielle Befehl überhaupt bedingt: „Wenn A ist, tue N“. Mit einer einzigen Ausnahme: die allgemeinste aller Normen, die oberste ethische Norm, bestimmungsgemäß zu leben, gilt bedingungslos.

Und es vermöchte schließlich diese Unterscheidung auch nicht die Abgrenzung vom Rechtsgeschäft zu erleichtern oder gar herzustellen, wie mitunter gemeint wurde; denn es gibt — von allem anderen abgesehen — zweifellose Rechtsgeschäfte, die sich auf eine unbestimmte Mehrheit von Fällen (z. B. „Sollten sich aus dem Verträge Streitigkeiten ergeben . . .“) oder von Personen (es kann Geschäfte geben, die es auf den Beitritt einer vorderhand noch unbestimmten Zahl von Kontrahenten abgesehen haben) beziehen. Der Unterschied zwischen dem, was man herkömmlicherweise Rechtsgeschäft nennt, und Gesetz, besteht auch nicht darin, daß Rechtsgeschäfte und behördliche Verfügungen, „Autonomie und Observanz ihre Wirksamkeit nicht bloß dem Willen der betreffenden autonomen Rechtsgemeinschaft selbst, sondern darüber hinausgreifend . . . dem superordinierten staatlichen Rechte verdanken“ (Bierling). Denn nicht anders ist das Verhältnis von Verordnungen gegenüber Gesetzen, gewöhnlicher Gesetze gegenüber Verfassungsnormen, derivativer Verfassungen gegenüber der vorhergegangenen bis zur originären. In Wahrheit gibt es (wie Bierling selbst an anderer Stelle konsequenter sagt) nur ein System von (relativ) einander sub = resp. superordinierten Rechtsnormen, in dem z. B. auch die Befehle des Dienstherrn an die Dienstboten Rechtsgeschäfte innerhalb des Dienstverhältnisses sind. Allein so richtig das an sich ist, so gewiß hier im Grunde eine Wesensgleichheit vorliegt und eine allgemeine Grenze nur fließend und inexakt möglich ist; so ist zu Zwecken der Spezialjurisprudenz die Unterscheidung doch um einer Verkürzung des Ausdrucks willen angebracht und der Strich für die einzelnen Spezialgebiete und für die einzelnen positiven Rechte auch nicht schwer zu ziehen. Wir haben ja Formen fürs Zustandekommen von Gesetzen usw. und nachdem man das einmal festgestellt hat, läßt sich die (dadurch modifizierte) Bierlingische Formel im Besonderen anwenden.

Es fragt sich nun, welche Normen Rechtsnormen sind. Das unterscheidende Kriterium kann in einer spezifischen Herkunft, spezifischen Wirkungen oder Zwecken oder in einem bestimmten Inhalt bestehen. Am naheliegendsten ist das erste. Und die Antwort scheint auf den ersten Blick recht einfach zu sein: Recht ist das, was — nicht zwar der Staat; denn daß es außerstaatliches Recht gibt, wird heute kaum bezweifelt — die rechtsschöpferische Macht als Recht will. Allein unter „rechtschaffender Macht“ kann man zweierlei ver-

stehen. Erstens das zur Rechtschaffung berechnete Organ. Dann gilt der Satz aber nur für eine sozusagen derivative Rechtsschaffung; das erstmalige Setzen eines Rechtssatzes für einen vorher bloß gesellschaftlichen Kreis vermag er weder zu beschreiben, noch zu erklären. Aber im übrigen ist er richtig und auch nicht inhaltsleer. Er besagt zum Beispiel, daß an sich eine Form weder des Zustandekommens des Willens noch der Kundmachung nötig ist (was heute positiv-rechtlich allerdings meist gefordert wird), damit Recht entstehen könne. Ebensovienig ist überhaupt eine „Kundmachung“ des rechtlichen Willens unbedingt nötig; es gab auch „geheimen“ Recht (z. B. im alten Rom, in Japan); allerdings muß es doch irgendwem bekannt sein (und zwar dem Dispositionsberechneten, worüber unten).

Zweitens aber kann „rechtschöpfende Macht“ zur Erklärung der, durch Obiges nicht gedeckten Fälle, etwa im Sinne der soziologischen Machttheorie verstanden werden als Macht, die rein tatsächlich — auf welchen Wegen ist hier nicht zu untersuchen — vermögend ist, Recht zu setzen. So unbestreitbar wahr dieser Satz deskriptiv, historisch — tatsächlich ist, so ist doch an den Zurückweisungen, die er in alter und auch in neuerer Zeit erfahren hat, so viel richtig, daß er die Frage nach dem „Warum“ unbeantwortet läßt. In der Tat wird eine kritische Betrachtung um diese böseste crux aller Rechtsphilosophie umsoweniger ohne Berücksichtigung dieser Frage herumkommen, als es ja sonst nicht einzusehen wäre, warum man den Rechtsbefehl, warum man der Obrigkeit folgen soll, wenn diese nichts ist als der (einstmals) Stärkere. Und es wäre nichts als die logische Konsequenz der Machttheorie, wenn man behaupten würde, es sei ethisch zulässig, das Recht zu brechen, wenn man es nur (physisch) könne. Allein die positiven Antworten der Gegner befriedigen auch nicht. Alle Arten von Vertragstheorien können weder (als bloße unhistorische Konstruktionen) eine reale Begründung, noch (mangels der Aufzeigung von Werten) eine (hinterherige) Rechtfertigung des (real-kausal durch die Macht geschaffenen Rechtes) bieten, — ganz abgesehen von der Frage, woher denn dieser erste Vertrag seine zukünftigen Willen (noch dazu anderer Menschen) bindende Kraft nehme. Konsequenter scheinen manche moderne Vertreter des Naturrechts (z. B. Viktor Cathrein S. J.: „Recht, Naturrecht und positives Recht“): Eben weil man nicht wüßte, woher der erste von Menschen gesetzte positive Rechtssatz seine Kraft nähme, deshalb müsse es vor allem positiven Recht ein Naturrecht geben, das jenem erst die Geltungsbasis schaffe. Allein das Problem ist nur hinausgeschoben. Was ist, woher kommt, vor allem: warum gilt dieses Naturrecht selbst?

Es soll hier, wo es sich um das Wesen des Rechts im objektiven Sinn nicht eigentlich ex professo, sondern nur als Grundlage für das Folgende handelt, dieser Fragenkomplex nicht eingehend besprochen werden. Und so sei hier nur das persönliche Bekenntnis abgegeben, daß ich mich der heute fast herrschenden Ansicht Rudolf Stammlers, Recht sei das mit Geltungsanspruch Gesetzte, wofern der Setzende sich daran gebunden fühlt, nicht anzuschließen vermag; dies ist nach beiden Richtungen unzutreffend. Vielmehr pflichte ich vollkommen inhaltlich der Kritik bei, die Bierling („Rechtsnormen und Konventionalregeln“ im 3. Bande des Archivs für Rechts- und Wirt-

schaftsphilosophie) an dieser Theorie geübt hat. Ebenso im wesentlichen den positiven Ausführungen des genannten Autors in seiner „Juristischen Prinzipienlehre“.

Alles Recht beruht nur auf Anerkennung seitens der Verpflichteten, auf dem Bewußtsein seiner verbindenden Kraft; nicht freilich der verbindenden Kraft schlechthin — dies besteht auch bei der Sitte — sondern der rechtsverbindlichen Kraft. Nötig ist direkte Anerkennung der originären (unbeschränkten oder irgendwie determinierten) rechtsschaffenden Macht, (das ist des Rechts, Recht zu setzen); nicht genügt indirekte Anerkennung, oder mit andern Worten eine solche nur der einzelnen Rechtssätze oder gar ihres Inhalts. Es ist dabei gleichgültig, ob man anerkennt, weil man gern will oder weil man sich, sei es physisch, sei es durch Mittel sog. psychologischen Zwangs, sei es auch bloß „moralisch“ dazu genötigt glaubt.

Das Recht ist also überstaatlich, vorstaatlich. Denn rein begrifflich, juristisch ist der Staat eine Schöpfung des Rechts. Vor dem Recht resp. vom Rechte abgesehen ist die Staatsgewalt bloß eine Macht, der man gezwungen gehorchen muß, wie etwa der Wanderer einem gerade übermächtigen Wegelagerer; dann ist er in der Tat „*nihil aliud quam magnum latrocinium*“. Erst der anerkannte Staat ist rechtlich und erzeugt Recht; erst dann entsteht jene Wechselwirkung zwischen Staat und Recht, die zu dem Versuch verführt hat, den „Zirkel“ auch auf dem umgekehrten Wege zu lösen.

Allein deshalb ist Anerkennung nicht etwa identisch mit irgend einer Art „*contrat social*“, der bloß, wenn er hie und da einmal wirklich geschlossen wurde, ihr — je nach der Lage des Falles — äußerer Ausdruck oder ihr Anlaß war, ein Anlaß, den in anderen Fällen etwa Unterjochung bildete. An sich ist Anerkennung, ist das Gefühl des rechtlichen Unterworfenenseins ein einseitiges innerpsychisches Phänomen, sind seine Ursachen und seine etwaigen Manifestationen für unser Problem gleichgültig.

Eine kasuistische Ausführung soll hier nicht folgen. Etwa die Frage, ob ein Gesetz, das vollkommen in Vergessenheit geraten ist oder dem allseits (auch von den Herrschenden) der Gehorsam versagt wird, geltendes Recht zu nennen ist oder nicht. Es wird selbstverständlich sofort wieder rechtens, sobald es der Vergessenheit wieder entrissen wird, sobald irgend jemand sich wieder daran gebunden fühlt oder es durchzusetzen versucht wird. Im übrigen ist diese Frage ebenso unfruchtbar, bloß terminologischer Natur, wie die analoge, erkenntnistheoretische, ob es Wahrheiten an sich (Bolzano, Husserl) ohne urteilendes Subjekt gebe oder nicht.

Wenn man das festhält, bietet auch die allgemeinere Frage keine Schwierigkeiten, ob nämlich Recht das ist, was in *thesi* besteht oder was etwa zufolge unrichtiger Gesetzesinterpretation in *praxi* geübt wird. In jedem Augenblick ist dasjenige Recht (im aktuellen Sinne) das als solches geübt wird. (Demnach nicht das Gesetz, sondern die „Praxis“). Allein das Gesetz (oder seine richtige Auslegung) ist (positives) Recht im *potentiellen* Sinn und kann und soll im Augenblick der (richtigen) Erkenntnis sogleich zum aktuellen Recht werden. Das eine wie das andere besteht und hat seine eigentümliche Bedeutung.

Damit ist z. B. einerseits gesagt, daß es eine „Verfassungswandlung“ durchaus nicht, wie Georg Jellinek zu meinen scheint, kraft

irgend einer Natur der Sache, sondern nur dann gibt, wenn das positive Staatsrecht in diesem Punkte Gewohnheitsrecht zuläßt. Andererseits soll dadurch natürlich auch nicht etwa dem „Legitimitätsprinzip“ das Wort geredet werden, das eine Verfassung für nichtig erklärt, die durch Rechtsbruch gegenüber der alten zustande gekommen ist. Sie ist rechtens, wenn eben irgend einmal (unmittelbare) Anerkennung vorlag.

Freilich: Auf jene schwerwiegende oben aufgeworfene normative Frage gibt das alles keine Antwort. Den Grund, w a r u m das Recht gilt, warum man sich auch abgesehen von äußeren Zwangsmitteln daran — nicht: gebunden fühlt; das ist eine psychologische Frage — sondern gebunden fühlen soll, gibt die „Anerkennung“ nicht an. Warum bindet uns die ehemalige Anerkennung später, wenn wir vielleicht anderes wollen und warum sollen wir anerkennen? Diese Grund liegt im Zweck, in der sozialen Funktion des Rechts. Es wird darauf noch an anderer Stelle zurückzukommen sein. Letzten Endes kann allerdings nicht „autonom“ — alle Versuche in dieser Richtung sind gescheitert und mußten scheitern — sondern nur im Zusammenhang mit der Wissenschaft der Ethik seine Rechtfertigung und das Postulat seiner Befolgung begründet werden. Auch das (richtige) Recht ist ein Mittel zur Maximisation der Lust. Und wenn das Recht diesem Ziel der Ethik in concreto widerspricht, so ist es deshalb zu halten, weil in genere Ordnung und Sicherheit und Unverbrüchlichkeit der Normen ein großer Wert ist; aber allerdings prinzipiell (von Schwierigkeiten der Beurteilung abgesehen) auch nur soweit, als dieser Wert den Unwert des schlechten Rechtssatzes in concreto überragt. Die Anerkennung ist vielmehr nur der Vollzug oder retrospektiv das Kriterium des Rechts; darnach suchen wir aber hier.

Wenn gegenüber solchen Gründen der Geltungsberechtigung der Rechtsordnung auf die Ethik von dieser oder jener Seite die Klage erhoben wird, sie gebe die feste heteronome Rechtsordnung dadurch preis, so ist darauf zu erwidern, daß erstens die ethische Norm zwar autonom, aber durchaus nicht „schwankend“ oder „individuell“, vielmehr fest und intersubjektiv streng allgemein notwendig gilt und daß zweitens dieses Verhältnis von Recht und Moral eben in der Natur der Dinge begründet und seine Gestaltung jeder menschlichen Willkür entrückt ist. Es gibt eben nur eine Quelle alles Sollens, eine oberste, eine bedingungslos geltende Norm. (Vergl. darüber auch meine Schrift: „Wie ist normative Ethik möglich?“)

Die Begriffsbestimmung, Recht sei, was man als solches anerkenne, enthält zwar nicht, wie man vielleicht auf den ersten Blick glauben könnte, einen Zirkel; denn es handelt sich darum festzustellen, was objektiv Recht ist und „Anerkennung als solche“ ist eine psychologische Tatsache. Aber sie drängt zur Frage, wonach sich das richtet, m. a. W. wie sich das Recht inhaltlich von anderen Normengruppen unterscheidet. Das Recht ist eine Ordnung menschlichen Zusammenlebens und so kommen diesbezüglich Moral und Sitte in Betracht.

Unter den Abgrenzungsversuchen, die hier unternommen wurden, ist wohl der naheliegendste derjenige, der dahin geht, alles Recht sei zwangsweise durchsetzbar, Moral und Sitte nicht. Es kann sich nicht um direkten „physischen“ Zwang handeln; tatsächlich kann das Recht sehr selten den Rechtszustand unmittelbar zwangsweise her-

stellen. Sondern Regel ist die Herstellung durch „psychologischen“ Zwang, indem ein allogenenes Übel angedroht wird. Dies ist aber der Sitte und ihren Durchsetzungsmitteln ganz analog. Daß Rechtsnorm und Sanktion zu trennen und praktisch trennbar sind, daß die Durchsetzbarkeit nicht zum notwendigen Wesen des Rechts gehört, wenn auch meist zu seinem Zweck, das ist heute so allgemein anerkannt, daß es eigentlich unnötig ist, darauf hinzuweisen, daß es Sätze ohne Sanktion gibt (z. B. Pflichten des Monarchen, Völkerrechtsnormen), die im übrigen ganz Rechtssätzen gleichen, so daß man sie, herrschendem Sprachgebrauch und Zweckmäßigkeit folgend, Rechtssätze nennen kann. Wurden sie etwa verletzt, so besteht das Gefühl, daß nicht bloß Moralgebote, sondern Rechtsnormen übertreten wurden, und es äußert sich dies auch mitunter in manchen Folgeerscheinungen (z. B. völkerrechtliche Beziehungen zu dritten Mächten, Ministeranklage) und, was allerdings kein vollgültiger Beweis, sondern ein bloßes Indiz wäre. Ferner, daß eben diese sog. moralische Sanktion des „Rechts“ auch ein — mitunter das einzige — Durchsetzungsmittel ist: es besteht den ethischen Normen gegenüber allerdings der Unterschied, daß die Rechtsnormen eben als *R e c h t s n o r m e n* im Bewußtsein sind; aber sonst ist der Weg des Vollzugs hier ganz derselbe. Eine Tendenz zu zwangweiser Durchsetzbarkeit aber hat nicht nur das Recht, sondern auch die Sitte und manchmal sogar die Ethik.

Eine andere Meinung geht dahin, es üben die Rechtsgebote einen stärkeren psychologischen Zwang aus als Moral und Sitte, so daß sie im Kollisionsfalle siegen müßten. Dem ist nicht immer so. Duelle z. B. entstehen häufig (vielleicht sogar meist) nicht aus persönlichem Rachebegehren, sondern weil die Sitte und ihr Pressionsmittel in diesem Falle stärker wirken als das Recht. Ebenso verhält es sich mitunter mit Moralgeboten (z. B. „Man soll Gott mehr gehorchen, als den Menschen“ u. dergl.).

Unbefriedigend ist auch die verwandte Unterscheidung Stammlers, das Recht erfasse den Unterworfenen bedingungslos, „Konventionalregeln“ nur bedingt, wenn er eben in dieser Gesellschaft leben will: „Wer nicht grüßt, empfängt keinen Gegengruß“ etc. Allein auch das Recht gilt im allgemeinen nur bedingt; selbst das Meiste vom sog. *ius cogens*: Nur *w e n n* man eine Ehe schließt (man muß sie aber nicht schließen), treten alle die „zwingenden Normen“ ein. Sogar die absolut zwingenden Sätze (wie etwa Militärpflicht, Zeugnispflicht) gelten nur für einen Kreis, wie die der Sitte und wer die Folgen tragen will, wer insbesondere diesen Kreis verlassen (z. B. auswandern) will, kann sie übertreten. Freilich umfaßt dieser Kreis mitunter die ganze zivilisierte Menschheit, aber nicht anders ist es mit der Sitte.

Unter Berücksichtigung des von der Normierung betroffenen Objekts hat man gesagt, Recht (und Sitte) bezögen sich auf das äußere Leben, die Handlungen der Menschen, Moral aufs Innere, auf Gedanken, Willen, Gesinnung. In Wahrheit kann auch das Recht (hie und da vielleicht sogar zweckmäßigerweise) bestimmtes inneres Verhalten postulieren resp. strafen und hat es getan (Inquisition u. dergl.); Moralgebote und moralisches Urteil beziehen sich tatsächlich sehr oft auf Äußeres und auch theoretisch ist der Richtung wissenschaftlicher Ethik, die nur die Gesinnung berücksichtigen will, nicht beizupflichten.

Aus denselben Gründen ist auch der Meinung nicht beizustimmen, die die an sich richtige aber auch für Sozialethik und Sitte zutreffende Begriffsbestimmung, Zweck des Rechts sei ein bestimmtes Verhalten von Mensch zu Mensch, so enge auffaßt, daß dadurch Normen, die sich auf das Verhältnis von Menschen zu Gott, einzelner Menschen zu sich selbst und von Menschen gegen Tiere beziehen, ausgeschlossen seien. Möglich sind auch solche Gebote, die im übrigen Rechtsgeboten (in dem obigen verfehlten Sinne) ganz analog sind, und wurden und werden als solche empfunden. So bestrafen und bestrafen noch immer manche Rechte den Selbstmordversuch, so bestraft das geltende österreichische Recht die Selbstgefährdung durch Baden.

Nicht unrichtig an sich wäre der Hinweis darauf, daß die Sitte, besonders in primitiven Stadien, in der Hauptsache unbewußt befolgte Lebensgewohnheit sei (Kontravention also eigentlich unmöglich wäre) und gar nicht als Norm zu Bewußtsein komme, während es im Wesen der Rechtsnormen liege, daß ihnen, die bloß ihrem Willen nach unverbrüchlich gelten, zuwidergehandelt werden kann. Allein das Recht muß zwar dem Bewußtsein einiger Leute zugänglich sein, es wird aber von vielen anderen häufig unbewußt befolgt. Und die Sitte ist — heute mindestens — größtenteils bewußt, besteht aus echten aktuellen Normen, nicht bloß aus potentiellen unübertretbaren.

Wenn ferner behauptet wird, rechtlich normiert werde das, was unbedingt oder was stärker zu den Lebens- und Wohlfahrtsbedingungen der Gesellschaft gehört, so ist auch diese Behauptung nicht bedingungslos richtig — es wird darauf noch zurückzukommen sein — keinesfalls wäre das aber als Kriterium brauchbar.

Nicht nur unbrauchbar, sondern unrichtig ist es überdies, wenn gemeint wurde, Recht verbiete und strafe nur, enthalte keine positiven Werturteile über Handlungen und Gesinnungen, z. B. Qualifikationen (mitunter sogar größere oder geringere Befähigung) für Erlangung einer bestimmten Stelle, für gewisse Belohnungen u. a. m.

Schließlich wurde gesagt, Recht gehe nur von organisierten Gemeinschaften aus, Sitte von unorganisierten, die Moral sei individuell. Auch hier liegen die Gegenargumente auf der Hand. Das Recht wird selbst heute nicht nur von organisierten Gemeinschaften gesetzt; auch heute wird Gewohnheitsrecht in bloß gesellschaftlichen Kreisen gebildet; viel mehr noch in früheren Zeiten. Daß die zwangsweise Durchsetzung heute nur organisiert erfolgt, ist eine andere Sache; früher war auch dies nicht so (z. B. beim altdeutschen Verfahren bei handhafter Tat: Verurteilung des Täters durch zufällig herbeigekommene Schreimannen). Umgekehrt werden auch häufig Normen von Sitte und Moral durch organisierte Gemeinschaften gesetzt: höfisches Zeremoniell, kirchliche Moral u. dgl. mehr. (Der Monarch, die Kirche setzen ja auch Rechtsnormen). Ebenso sind einerseits Rechtsnormen nicht immer durch äußere Mächte „garantiert“ (Völkerrecht u. a.); und andererseits sind dies in gewissem Sinne die von organisierten Gemeinschaften gesetzten Sitten- und Moralgebote.

Damit sind wir wieder beim Ausgangspunkte, bei der Unterscheidung nach der Herkunft angelangt. Alle diese Antworten können nicht befriedigen. Sie könnten es — vielleicht — für das positive Recht eines bestimmten Volkes zu einer bestimmten Zeit. Keineswegs aber können sie das mögliche Recht von der möglichen Moral

und Sitte abgrenzen. Denn die Inhalte, die Beziehungsobjekte und die normensetzenden Faktoren können hier wie dort dieselben sein. Vielmehr läßt sich die Sache nur genetisch begreifen. Rechtlich normiert wird im allgemeinen — das Genauere gehört nicht hierher — zunächst von dem, was gerade stärker zu den Lebens- und Wohlfahrtsbedingungen der Gesellschaft und insbesondere der Herrschenden gehört, dasjenige was seiner Natur nach bewußt geworden ist, wodurch sowohl Kontravention als auch bewußte Regelung möglich wird und bewußte Regelung nötig, weil eben Kontravention vorkommt, während die Sitte in primitiven Kulturzuständen wohl größtenteils eben einfach unbewußt befolgt wird. Ferner das, was seiner Natur nach durch die zur Zeit bestehende Rechtstechnik (juristische Technik im engeren Sinn und Exekutionstechnik) durchsetzbar ist. Später dagegen gebraucht man undurchführbare Rechtspostulate, um ihnen größere psychische Sanktion zu geben als bloßen Moraleboten (z. B. im Kirchenrecht); eigentlich ein Mißbrauch, da dieser Trick — übermäßig angewendet — das Recht herabwürdigt und so nebst der des Rechts seine eigene Wirkung zerstört. Schließlich das, was (besonders wichtig erscheint und) durch Moral und Sitte nicht oder nicht mehr oder noch nicht geschützt ist, oder zu wenig geschützt, weil viele sich durch starke egoistische Motive zur Kontravention verleiten lassen und dagegen die Sanktionsmittel von Moral und Sitte nicht ausreichen; vielleicht auch das, was von Moral und Sitte anders geordnet ist, als es den Rechtssetzenden richtig erscheint — die Sitte ist ja inzwischen bewußt geworden und hat ein selbständiges gesellschaftliches System von Strafen und sonstigen Durchsetzungsmitteln ausgebildet.

Und so ist das Recht, wie es dann tatsächlich als historisches Produkt besteht, ein Agglomerat; zusammengehalten, abgegrenzt von Moral und Sitte bloß durch die Entstehung und das Bewußtsein, daß dies eben Recht sei. Dieses Resultat ist nicht so trostlos, als es vielleicht scheint. Bilden doch selbst Wissenschaften, die durch populären Sprachgebrauch, bisherige wissenschaftliche Terminologie und tatsächliche Übung nicht in dem Maße beengt sind, wie wir hier, auch in diesem Sinn deskriptiv irrationale Begriffe aus.*) Rechtssätze besitzen die Merkmale a, b, c, d; Merkmale, wie sie ja zu den Abgrenzungsversuchen verwendet wurden; aber weder besitzen alle Rechtssätze alle diese Merkmale, noch ist jeder Satz, der eine dieser Eigenschaften aufweist, deshalb immer eine Rechtsnorm. Es kann also Teile des Bauwerks geben, die miteinander keine spezifische gemeinsame Eigenschaft verbindet, sondern nur die Tatsache, daß jeder von ihnen mit einem dritten Teil — der eine durch dieses, der andere durch jenes Merkmal — zusammenhängt.

*) „Der Freundlichkeit meiner Kollegen B. Hatschek und R. v. Wettstein verdanke ich folgende Beispiele für die aus genetischen Rücksichten nach oben-erwähntem Schema erfolgende Unterordnung von deskriptiv—Verschiedenem unter einem typischen Begriff: Die Gattung *Sacculina* (Unterordnung *Rhinocephalen*) der Klasse der Krebse hat kein anderes diesen typisches Merkmal als die Larve (*Nauplius*) welche jedoch wieder anderen Krebsen (so z. B. dem gemeinen Flußkrebse) fehlt. — Die Gattungen *Megacarpaca* und *Tetrapoma* werden beide der Familie der *Cruciferen* untergeordnet, obgleich sie von den für diese charakteristischen Merkmalen (Blüte mit sechs viermächtigen Staubgefäßen, mit zwei Fruchtblättern, aus denen eine zweiklappig aufspringende Schote wird) kein einziges gemeinsam besitzen“. (Aus Ehrenfels „System der Werttheorie“ 2. B.)

II. Die Grenzen des Rechts.

1. Die Möglichkeit des Rechtsinhalts.

Die Frage nach den Grenzen des Rechts kann in verschiedenem Sinn gestellt werden. Erstens handelt es sich darum, was denkbarer Weise überhaupt rechtlicher Normierung zugänglich ist: die Grenzen des möglichen Rechts. Zweitens um die tatsächlichen Grenzen irgend eines positiven Rechts; warum sie eingehalten werden, was jenseits liegt usw.

Alles, was geschieht, geschieht notwendig, und was nicht geschieht, das unterbleibt mit Notwendigkeit. Zum Begriff des Möglichen kommt man, wenn man von bestimmten tatsächlich wirkenden Kausalketten abstrahiert. Daher ist der Begriff des Möglichen relativ und bedingt. Bedeutsam ist eine Untersuchung des (in einer bestimmten Beziehung) Möglichen nur, wenn man methodisch abstrahiert und in dieser Abstraktion auch nicht zu weit geht. Denn würde man von allen Kausalketten abstrahieren, so wäre eben alles möglich. Und wenn man planlos nach allen Richtungen ohne bestimmten wissenschaftlichen Zweck abstrahierte, so wäre das bloße Spielerei.

Zum Zwecke einer denkökonomischen Untersuchung des Wesens des Rechts soll hier zunächst von den das konkrete Recht gestaltenden Momenten, Bedingungen, Motiven und Formen der Setzung abstrahiert werden, eben davon abstrahiert werden, was dem 2. Teil dieser Untersuchung und was der (staatsrechtlichen) Lehre von den Rechtsquellen Problem ist und in diesem Sinne nach den Grenzen des möglichen Rechts gefragt werden.

Diese Frage hat nicht nur theoretisches Interesse, weniger freilich nach der negativen Seite hin. Es wird schwerlich jemals geschehen, daß ein Rechtsbefehl etwas strikt Unmögliches verlangte, und wenn er es täte, so würde das ja eben auch begriffsnotwendig — von etwaiger Kraftverschwendung für Durchsetzungsmittel und unnützen Strafen wegen Nichtbefolgung abgesehen — kein großes Unglück bedeuten. Wohl aber positiv. Gar manche nützliche Rechtsregel wurde — und wird — abgelehnt, weil sie (daran trägt das römische Recht und seine Konstruktionsmethode wohl die Hauptschuld) eine angebliche Unmöglichkeit enthalte.

Es wurde oben ausgeführt, daß und warum Rechtssatz und Sanktion zu trennen sind. Deshalb handelt es sich hier nicht um die — sei es überhaupt, sei es durch bestimmte Umstände gegebene — Durchsetzbarkeit, worüber später gesprochen werden soll, sondern darum, ob der Rechtsbefehl an und für sich (d. h. bei gutem Willen aller Beteiligten) ausführbar ist. Es versteht sich von selbst, daß die Durchsetzungsnormen ihrerseits auch dieser Grenze unterworfen sind. Ferner handelt es sich hier, wie bereits betont, auch nicht etwa um die psychologische Möglichkeit des Setzens der Normen; das soll im zweiten Teil behandelt werden.

Vom Standpunkt des Setzenden sind die unausführbaren Normen Befehle, die schon an und für sich keinen vernünftigen Sinn haben. Befehle müssen sich an Wesen richten, die fähig sind sie zu verstehen und ihren Sinn zu erfassen. Das sind nicht schlechthin die Menschen, vielmehr sind Säuglinge und des Verstandes gänzlich Beraubte diesbezüglich gänzlich unfähig; andere, Irrsinnige, kleine Kinder, tiefstehende Wilde, sind nicht allen Rechtsbefehlen zugänglich.

Ferner muß der Befehl vollbracht werden können. Es muß dies überhaupt möglich sein. Für die Menschen der Zeit und des Ortes möglich, für den speziellen Menschen, an den der Befehl sich richtet und in dem Moment und unter den Umständen, da er ausgeführt werden soll. Unmöglich wäre z. B. ein Verbot, daß die Herzen schlagen; möglich dagegen ein Verbot zu essen (auch für immer). Eine Unmöglichkeit enthielte auch das — mitunter gestellte — Gebot, etwas für wahr oder für falsch zu halten. Denn die Lehren gewisser „voluntaristischer“ Philosophen und Psychologen dürfen doch nicht, wie es von mancher Seite geschieht, dahin mißdeutet werden, daß eine unmittelbare Abhängigkeit meines Denkens, meiner intellektuellen Überzeugungen von bewußten Willensakten (und nur darum handelt es sich,) möglich wäre. Dagegen können sich Rechtsbefehle sehr wohl auf inneres Verhalten beziehen, wenn dieses nur vom Willen direkt oder indirekt abhängig ist und nicht etwa nur auf äußere Handlungen. Und selbst Kontrolle und Durchsetzbarkeit ist hier nicht immer unmöglich, jedenfalls die Durchsetzung durch die moralische Kraft des Rechts. Insbesondere gehören hierher die tatsächlich vorkommenden Normen, die in sich widerspruchsvoll sind. Man kann nicht dieselbe Handlung demselben Menschen zur selben Zeit, am selben Ort unter gleichen Umständen zugleich g e b i e t e n und v e r b i e t e n. Man kann auch nicht dieselben Rechte, die sich ausschließen, voll und gleichzeitig an zwei Personen verweisen (z. B. ein Stück Brot 2 Leuten zum ungeteilten Aufessen, wobei auch nicht die Lösung des Widerspruchs statthaft wäre, daß etwa Prävention entscheiden würde oder Wertersatz zulässig wäre). Dies scheint selbstverständlich. Aber auch der Fall gehört hierher, daß z. B. ein Gesetz eine Besetzung bestimmter Staatsstellen befiehlt, (ohne Annahmewang für bestimmte Personen oder irgend wie Berufene zu statuieren), dabei aber so geringen Gehalt systemisierte oder sonstige Bedingungen so schwer oder unangenehm machte, daß niemand diese Stellen anstrebt. Einem andern Typus gehören die Fälle an, in denen ein Widerspruch nicht entstehen muß, wohl aber kann; Fälle, die insbesondere im modernen Staatsrecht nicht selten sind: z. B. Zahlungspflichten des Staates im Falle von Budgetverweigerung (nach kontinentalem Staatsrecht).

Daß das positive Recht — vielleicht auch darüber hinaus eine „naturalis ratio“ — Mittel an die Hand gibt, solche Widersprüche mitunter zu lösen, gehört nicht hierher. Wenn aber ein solcher Doppelbefehl wirklich so gemeint ist, so ist er unausführbar und folglich nichtig. Doch muß man sich hüten, diese Grenzen zu enge zu stecken. Möglich ist nicht nur, was durch Willen vernünftiger Wesen direkt getan werden kann, sondern auch was indirekt irgendwie (positiv oder negativ) beeinflußbar ist.

Der Grund für diese Schranken des Rechts sind die Naturgesetze. Diese Schranken sind hier nicht dem Wesen nach zu untersuchen.

Dies ist eine Frage der Ontologie. Für die Rechtsphilosophie bestehen sie einfach, ob man nun darin Natur der Dinge oder der denkenden Subjekte sieht.

Jedenfalls aber liegt kein Anlaß vor, dies Naturrecht zu nennen. Denn es handelt sich hier nicht um Normen, denen Rechtsunterworfenen folgen sollen, sondern um Schranken für die Rechtssetzenden, Schranken, die allerdings auch nicht überschritten werden sollen, aber — und deshalb wäre eine solche Norm ganz akademisch — nur mit Worten, nicht in der Tat überschritten werden können. Nur dort könnte man von einem (u. zw. zwingenden) Naturrecht sprechen, wo sich aus einem aufgestellten Rechtssatz Rechtsbefehle als Folgerungen ergeben, die nicht anders gesetzt werden könnten, ohne daß jener Rechtssatz infolge Widerspruchs unausführbar würde. Denn hier hat man Normen vor sich, die — wenn auch bedingt durch menschliche Setzung des Obersatzes — doch durch die Natur der Dinge zwingend gegeben und in ihrem Inhalt bestimmt sind.

Es könnte da leicht ein Irrtum entstehen: so wenig es angeht, irgendwelche intellektuale Überzeugungen oder verschiedenfarbige Augen zu verbieten, so ist es doch möglich zu verlangen, daß solchen Menschen (mit dieser Überzeugung oder mit verschiedenen Augen) dies oder jenes geschehe. Und wenn solche „Bestrafung“ von Dingen, die vom menschlichen Willen unabhängig sind, auch niemals psychologisch präventiv wirken kann, so ist sie, falls sie antisoziale Individuen unschädlich macht, doch auch nicht unbedingt unzweckmäßig.

Keine Durchbrechung des Prinzips, daß nur Mögliches Gegenstand der Rechtsregelung sein kann, sind die Rechtsfiktionen. Es ist dies bloß eine vermittelnde gedankliche Konstruktion. Das Resultat, das allein wirklich in Erscheinung tritt, muß doch möglich sein. So könnte es mitunter scheinen, das Recht könne Dinge der Vergangenheit verändern. Es handelt sich nur um Wirkungen in die Zukunft: ein Recht soll inhaltlich so gestaltet werden, wie es wäre, hätte es schon früher bestanden. Dazu gebraucht man die — recht unnötige — Vorstellung von der rückwirkenden Kraft. Ebenfalls bloße Konstruktionen — und nicht sehr glückliche — sind viele anscheinend selbstverständliche Regeln des römischen Rechts. „Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet“ oder „quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere,“ scheinen geradezu spezielle Fälle des Kausalgesetzes zu sein. Allein in Wahrheit gelten solche Sätze nur als Naturgesetze für die Materie. Bezüglich geistiger Inhalte aber herrscht Spontaneität. Und da das Recht dem Reich des objektiven Geistes angehört, so haben diese Sätze fürs Recht keine notwendige Gültigkeit. Deshalb ist es auch ganz verfehlt, von diesen Sätzen des römischen Rechts, wie das meist geschieht, zu rühmen, sie seien „logisch“. Sie sind — wohl recht unzweckmäßige — Sätze eines positiven Rechts; de lege ferenda und auf andere Rechtssysteme angewendet, sind sie alles eher denn logisch. Vielmehr falsch und irreführend; daher auch nicht als eventuelle subsidiäre Auslegungsregeln zu brauchen, wozu mitunter Geneigtheit besteht, da sie ja „logisch“ wären. Das moderne Recht hat zweckmäßiger Weise im allgemeinen diese Beschränkungen über Bord geworfen. In gar manchen Dingen allerdings stecken auch wir noch überflüssigerweise in diesen Anschauungen. So z. B. bei der Lehre von der Zession — es

ist in Wahrheit ganz gleichgültig, ob man die Zession als „Übertragung“ eines Rechts, oder als Neubegründung eines im übrigen vollständig inhaltsgleichen ansieht — oder bei der Normierung des Eigentumerwerbs, (das französische Recht, das Eigentumsübergang durch bloßen Vertrag ohne Tradition zuläßt, ist in den meisten Fällen wohl zweckmäßiger und der Volksauffassung entsprechender als das unsere,) ganz besonders aber beim Begriff und den Rechtsverhältnissen des Besitzes. Darauf wird noch bei der Besprechung der möglichen Rechtsinhalte zurückzukommen sein. Um aber zu ermessen, wie tief auch wir noch mitunter in diesen, sozusagen materialistischen Konstruktions- und Anschauungsweisen stecken, möge ein gut geschulter Jurist einmal versuchen, die Vorstellung des Rechtssatzes zu vollziehen — ich wähle absichtlich ein gegenwartfernes Beispiel, das nicht durch der Parteien Gunst und Haß verwirrt ist —, der etwa besagte, daß ein Sklave sich durch Hingabe einer bestimmten Geldsumme an seinen Herrn freikaufen könne, obgleich alles, was der Sklave hat, rechtlich des Herrn ist, er ihm also nur gibt, was ihm ohnedies gehört. Wenn das Recht keine Entstehungsart dieses Eigenvermögens für den Loskauf anerkennt, diese Summe also rechtlich gewissermaßen gar nicht existent ist, kann sie, so scheint es, auch nichts bewirken. In Wahrheit bietet das doch gar keine Schwierigkeiten: das Recht knüpft eben die Wirkung an irgend eine bestimmte Tatsache, an irgend ein Ereignis; nur ist die Sache mit unseren privatrechtlichen romanistischen Kategorien nicht zu „konstruieren“.

2. Die jeweiligen Grenzen des positiven Rechts und die subsidiäre Rechtsergänzung.

Innerhalb der abstrakten Schranken, über die kein Recht hinaus kann, dehnt sich das jeweilige Recht aus. Aber es hat diese Amplitude selbstverständlich noch niemals ganz benützt und so sind die Grenzen des Rechts der einzelnen Rechtskreise — im besonderen sehr verschieden weit — wesentlich enger gesteckt. Was jeweils positivrechtlich normiert wird und was von Regelung frei bleibt und woher dies kommt, ist eine Frage der Rechtsentstehung und wird an anderer Stelle gestreift werden. Meist rückt das Recht, weil und soweit die Dinge bewußter, die Lebensverhältnisse verwickelter, die Beziehungen zwischen den Menschen verflochtener werden, immer weiter vor, mitunter weicht es aber auch zurück und läßt etwas wieder frei, wie es z. B. der Liberalismus in der Wirtschaft anstrebte und tat. Allerdings fragt es sich, ob diese „freie Konkurrenz“ wirklich „natürlich“ ist, ob dies nicht bloß so scheint, ob es nicht eine andere, aber denn doch rechtliche Ordnung ist. Damit ist aber das Problem aufgeworfen, das uns hier beschäftigen soll: Wo laufen diese Grenzen des Rechts in concreto? Und was liegt jenseits?

Die Frage der Lückenhaftigkeit oder Lückenlosigkeit der Rechtsordnung ist — um ihrer selbst willen und als Vorfrage zur Theorie der Interpretation — bestritten. Das Suchen nach Begründung für erwünschte Interpretationsnormen hat eine beinahe rein terminologische Frage zu einem „Problem“ aufgebauscht. Denn an sich kann es nicht zweifelhaft sein, daß es in einer Rechtsordnung konkrete Fälle geben kann, auf die keiner jener abstrakten Tatbestände zutrifft, an deren Verwirklichung das Recht diese oder jene Rechtsfolge knüpft, daß es solche Fälle — in primitiveren Stadien natürlich zahlreicher — auch heute noch wohl in allen unseren Rechtsordnungen gibt, wenn auch keineswegs geben muß; denn theoretisch denkbar wäre wohl auch wirkliche Vollständigkeit des Gesetzes. Insofern also gibt es „Lücken“. Allein ebensowenig kann es für eine unvoreingenommene Betrachtung zweifelhaft sein, daß diese „Lücken“ an sich weder für eine moderne „freie Rechtsfindung“, noch aber auch für die herkömmliche Interpretation per analogiam u. dergl. (ohne speziellen Gesetzesbefehl, so zu interpretieren) Raum bieten. (Vergl. Ernst Zitelmann: „Lücken im Recht.“*) Wenn ein Befehl und nur dieser Befehl gegeben wurde, so ist über das, was außerhalb dieses Befehles liegt, eben nichts befohlen: es besteht Freiheit des Handelns. Was nicht geordnet ist, ist ungeordnet; wo keine Rechtsnorm, dort herrscht freie Gewalt. Und insofern ist jede Rechtsordnung, auch die allerdürftigste, lückenlos.***) Es kann das „Fehlen einer Bestimmung“, d. i. das

*) Das oben angeführte gilt von Zitelmanns „unechten Lücken“. Bei den sogenannten „echten Lücken“ dagegen, d. h. wo das Gesetz ungenau verschiedene Möglichkeiten offen gelassen hat, handelt es sich m. E. lediglich um eine Interpretation des ungenau Ausgedrückten. Diese Interpretation wird in aller Regel dazu führen, daß das Gesetz hier dem liberum arbitrium Raum bieten oder zweckdienliches Verhalten fordern will.

**) Die Meinung Georg Jellineks, (Allgemeine Staatslehre), daß Lückenlosigkeit des Rechts nur dort bestehe, wo dem Richter die letzte Entscheidung zusteht, sonst wirklich Lücken bleiben, wird von Ludwig Spiegel („Zur Lückenlehre in Gesetz und Recht“ 1913) meines Erachtens zutreffend widerlegt.

Nichtvorhandensein eines erwünschten Befehles unzweckmäßig sein und unangenehm gefühlt werden; allein das ist ein bloßer Wunsch. Daher gibt es auch nicht Gesetzeslücken im Sinne von theoretisch nicht entscheidbaren Rechtsfragen. Wo Ausdruck und Absicht des Gesetzes unklar sind, dort können, wie später auszuführen, in der Tat unlösbare Zweifel entstehen, wo das positive Recht schweigt, ist dies nicht möglich. Auch Widersprüche im Gesetz sind keine Lücken: z. B. lassen die österreichische und die ungarische Verfassung ausdrücklich die Anklage der gemeinsamen Minister durch die Delegationen zu, bestimmen aber, daß über die Organisation des Gerichtshofs ein eigenes Gesetz ergehen werde, das bisher nicht erschienen ist. Hier „fehlt“ also ein Ausführungsgesetz, d. h. fehlt für den Wunsch und vielleicht nach der Absicht der ehemaligen Gesetzgeber. Derzeit aber — und darauf allein kommt es an — ist die Anklage unzulässig; kraft des Widerspruchs oder anders ausgedrückt: nach Sinn und Absicht des Rechtsbefehls.

Dasjenige vom Bewußt-Willkürlichen des menschlichen Lebens, das vom positiven Recht von Regelung frei gelassen wird, wird von der natürlichen (d. i. dem Recht gegenüber natürlichen) Ordnung beherrscht. „Natürlich“ in diesem Sinne ist das, was mangels eben einer Anderslenkung durch Rechtsbefehle (in diesem Sinne „von selbst“) getan wird. Denn allgemein ist „Natur“ im Gegensatz zu „Kultur“ das Unbewußte, dasjenige, das ohne besondere bewußte Zwecksetzung geschieht. So ist das Ungeregelte das Natürliche, das Ungeregeltere das Natürlichere, z. B. die freie (ungeregelte) Konkurrenz im Wirtschaftsleben in der Tat an sich, ihrem Inhalt nach „natürlich“; allerdings steht diese Freiheit meist im Gesetzbuch und wird mit Rechtsmitteln geschützt. Es ist dann also ein Natürliches im Rahmen des positiven Rechts, von diesem anerkannt oder aufgenommen und soll an anderem Ort besprochen werden.

Allein wo das nicht der Fall ist, taucht die Frage nach dem Verhältnis des Natürlich-Ungeregelten zum Rechtlich-Normierten auf. Es ist das m. a. W. die Frage nach der Ausfüllung jener Lücken. Denn an und für sich ist jene freie Gewalt niemandem gegenüber eine Norm, sondern eine bloße natürliche Möglichkeit. Allein selbst schon in primitiven Kulturen folgt daraus, daß der autoritäre rechtsetzende Verband nur vielleicht kraft seiner tatsächlichen Gewalt, nicht aber im Namen des Rechts dort eingreifen dürfe, wo eben keine Rechtsnorm vorlag: es wird also dem Staat gegenüber zur Norm; und auch sonst gibt es vermöge verschiedener Umstände Wege, auf denen das Natürliche auch ohne direkte Anerkennung durch positives Recht normativ werden kann und wird. Es sind das keine Normen positiven Rechts, vielmehr bloße Reflexwirkungen, bloße Folgen dieses, geltend auf Grund von Naturgesetzen. Selbstverständlich folgt das, was tatsächlich wird, sei es nun das „Natürliche“ oder das „Künstliche“, beides den Naturgesetzen; allein natürlich ist das, was bloß auf Grund der Naturgesetze geschieht. Es darf dies nicht mißverstanden werden. Diese natürliche Ordnung ist zwar nicht durchs positive Recht geschaffen; aber das Vorhandensein irgend eines positiven Rechts ist Voraussetzung für das Entstehen und bestimmt den Umfang dieser Rechtsergänzung. Außerdem, wie zu zeigen sein wird, in manchen Fällen teilweise — aber nur teilweise d. i. als die eine

Komponente im Zusammenhalt mit dem Naturgesetz — seinen Inhalt. Im übrigen allerdings ist sein Inhalt nicht gesetzt, nicht durch menschliche Willkür, sondern durch Naturgesetze determiniert. Und Naturgesetze sind sein nächster Geltungsgrund. Weil dem so ist, wäre es naheliegend — wenn das Wort nicht so mißbraucht wäre — hier von Naturrecht zu sprechen. Und zwar im Gegensatz zum oben berührten zwingenden Naturrecht, von einem suppletorischen, weil — resp. soweit — es möglich wäre, durch positive Rechtsbefehle den „Naturrechtssatz“ aufzuheben oder inhaltlich zu ändern. Zur Vermeidung dieses odiosen Wortes könnte man vielleicht den Terminus „subsidiäre Rechtsergänzung“ gebrauchen. Ob man diese subsidiäre Rechtsergänzung dem „Recht“ schlechthin entgegenstellen, oder bloß dem „gesetzten“, „positiven“ Recht und unter geltendem Recht beides verstehen will, ist eine rein terminologische Frage. Vielleicht wäre die zweite Alternative vorzuziehen.

Inhaltlich gibt es folgende Fälle subsidiärer Rechtsergänzung:

Die Frage, wieweit Rechtsschutz prozessual gewährt wird, ist positiven Rechts und gehört — obgleich heute, wenn auch nicht zu allen Zeiten, im wesentlichen ähnlich beantwortet — nicht hierher. Aber zweifellos deckt sich das, was prozessualen Schutz genießt, nicht immer mit dem gesetzten materiellen Recht; geht insbesondere — was ja hier allein in Betracht kommt — mitunter darüber hinaus. Sonst kämen wir praktisch gar nicht in die Lage, „Gesetzeslücken“ zu spüren. Wenn das Recht auch vielleicht einmal nur Pflichten aufzählt: so herrscht jenseits Freiheit, die vom Gesetz nicht ausdrücklich normiert ist, aber — wie später auszuführen — doch auch ein subjektives Recht und zu schützen ist, tatsächlich auch geschützt wird. Diese Freiheit hat allerdings einen anderen Sinn als die obige freie Gewalt. Wir haben den allgemeinen Rechtssatz aufgestellt, daß innerhalb der Staatsgrenzen der physische Zwang seitens der Individuen im allgemeinen verboten ist, und es fragt sich daher, was innerhalb einer Friedensordnung dort rechtens ist, wo das positive Recht keine Norm aufgestellt hat. Auch hier gilt, daß was nicht verboten ist, erlaubt ist, das Ungeordnete, Natürliche, Freie; selbstverständlich nur, soweit das Recht nicht etwa das Gegenteil normiert hat oder dies aus dem Zweck des Instituts hervorgeht; und selbstverständlich eben, so weit nicht das positive Recht etwas geregelt hat, in diesem Falle also mit Ausschluß der physischen Gewalt. Und eben weil, resp. wenn diese physische Gewalt verboten, innerhalb der Schranken der Gesetze die Freiheit der Individuen anerkannt ist, ist diese Freiheit und was daraus folgt, staatlicherseits zu schützen wie irgend ein anderes subjektives Recht. Dies ist erstens Inhalt der subsidiären Rechtsergänzung.

Ein zweiter Fall bietet bereits mehr Schwierigkeiten. Es kann Befehle von höchster Einfachheit geben, die die Vornahme einer konkreten Einzelhandlung bezwecken und deren Vollzug unmittelbar geschehen kann. Wenn aber eines von beiden anders liegt, wenn also mehrere Handlungen nötig, insbesondere ein Befehl auf eine Mehrzahl von Fällen anwendbar oder wenn die Durchführung nur auf Umwegen möglich ist, so entstehen aus jedem Befehl eine Reihe von Einzelbefehlen, von „Folgerungen“. Dies ist bei Rechtsnormen meist der Fall. Natürlich kann bei abstrakten Rechtsnormen ein zweiter Rechts-

satz eine Gruppe von Fällen oder einen Einzelfall, auf die jener Rechtsobersatz an sich passen würde, „ausnehmen“ und einer anderen Regelung unterstellen. Und ganz allgemein ist es dort, wo immer aus einem Satz Konsequenzen zu folgern sind, (die nicht bloß dasselbe mit andern Worten sagen) auch möglich — wofern dadurch nicht, wie oben berührt, die Sache unausführbar wird — daß das positive Recht diese Konsequenz verbietet und anders ordnet. Wo dies aber nicht geschieht, muß man unterscheiden. Die von den Rechtsetzenden beabsichtigten Folgerungen aus Rechtsnormen sind positiven Rechtes: Sie sind gewollt und gesetzt.*) Da hingegen, wie bereits gesagt und später noch auszuführen, nicht der Wortlaut das Gesetz ist, sondern der Sinn, so sind nicht auch positiven Rechts die unbedachten und ungewollten Konsequenzen. Sie gelten aber doch, weil dies die naturgemäße Auslegung, oder genauer, wenn man vor der scheinbaren Tautologie nicht zurückscheut: weil dies die naturgemäße Folge eines Befehles ist. Sie gelten auf Grund der Naturgesetze der logischen Schlußfolgerung. Denn der Sinn, der Zweck dessen, daß der gesetzgeberische Wille in einem Gesetz formuliert wird, ist doch der, das eben dies der Befehl sein solle und nicht etwa „Materialien“ oder „Motive“ den „vollständigeren“ gesetzgeberischen Willen enthalten und der Grund hierfür ist geistige Ökonomie. Allein dessen ungeachtet gelten nicht etwa die Folgerungen aus dem Wortlaut des Gesetzes als subsidiäre Rechtsergänzung, sondern die, wenn auch unbeabsichtigten Folgerungen aus seinem Sinn, seinem Zweck; denn Gesetz ist eben der Sinn.**)

Die dritte Art subsidiärer Rechtsergänzung ist eigentlich nur ein Spezialfall dieser zweiten. Der Obersatz, von dem die Konsequenzen abgeleitet werden, kann so allgemeiner Natur sein, daß er nicht bewußt („selbstverständlich“) ist und den Charakter von unbedingt Geltendem zu haben scheint. Allein er muß, wenn auch nicht ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen, so doch ein wirklicher Rechtsatz sein; nicht ein sog. Prinzip (eigentlich allgemeine Charakteristik, abkürzende Formel), das aus bloßen Koexistenzen zu Zwecken der Vereinfachung abgeleitet worden ist. Man darf hieraus ebensowenig auf scheinbar darunterfallende neue Fälle schließen wie etwa bei grammatischen Regeln. Aber so falsch dies wäre, so ist es doch zulässig, einen Rechtssatz zu induzieren, wenn eine Kausalverbindung vorliegt; sei es, daß diese einen Typus herstellt, (notwendige Koexistenzen mit dritter höherer Ursache; z. B. eine Pflanze X mit den Eigenschaften a und b gehört in die Pflanzengattung N; alle Pflanzen der Gattung N haben die Eigenschaft c; also auch die Pflanze X); sei es, daß direkte Kausalität zwischen dem induzierten Obersatz und

*) Es macht dabei keinen Unterschied, ob es eine bloße Folgerung aus einem Subsumtionsschluß ist (z. B.: Wer listigerweise in Schädigungsabsicht irreführt, betrügt; Cajus hat listigerweise in Schädigungsabsicht irregeführt; also hat Cajus betrogen) oder ob in den Schluß ein teleologisches Moment eingeschoben erscheint (z. B.: das Recht gebietet mir eine Unterfertigung; damit ich unterfertigen könne, muß ich die Feder ergreifen; also befiehlt mir das Recht, die Feder zu ergreifen). Der Mittelsatz enthält im 2. Fall eine naturgesetzlich bedingte Zweckerwägung. Die Geltungsberechtigung des Folgesatzes ist aber dadurch nicht vermindert oder in seinem Wesen geändert.

**) Ähnlich argumentiert Franz Adickes („Zur Lehre von den Rechtsquellen“ 1872)

den Spezialeigenschaften (beobachteten und zu erschließenden) besteht (Sukzession), insbesondere wenn das ursächliche Prinzip legislatorisches Motiv war. Dieses letztere gilt beim — später meritorisch zu besprechenden — Prinzip der Gerechtigkeit: Im allgemeinen will unsere Rechtsordnung (wie später zu beweisen) die Gerechtigkeit realisieren; also liegt es in ihrer (unausgesprochenen, aber als solcher vorhandenen) Absicht im Sinne der Gerechtigkeit ergänzt zu werden. Und dies geschieht auch — sei es ganz unbewußt, sei es unter anderen Vorwänden — durch Theorie und Praxis auf Schritt und Tritt. Dasselbe gilt für die (auch später zu behandelnde) allgemeine Zweckmäßigkeit; insbesondere für das Gebiet der Durchführung. Dies alles ersetzt die in ihrer Allgemeinheit und in ihrem Erklärungsprinzip unsinnige Interpretation per analogiam.

Dagegen ist nicht subsidiäre Rechtsergänzung, vielmehr falsch der — recht häufig geübte — Schluß aus „allgemeinen“ Rechtsbegriffen, die nur Verallgemeinerungen der Wissenschaft zu Zwecken der Denkökonomie sind: alle Rechtsinstitute, Rechtsbegriffe, aus denen gefolgert werden dürfte, müssen positiven Rechts sein, (sei es unmittelbar im Gesetz normiert, sei es ein in Begriffsform dargestellter auf dem oben beschriebenen Wege induzierter Rechtssatz). So kann man wie Edmund Bernatzik dies so schön getan hat, die materielle Rechtskraft zwar aus dem Zweck des Rechtsinstituts der Entscheidung ableiten — sie ist rechtens, wenn das positive Recht nicht etwas anderes verordnet —; nicht aber aus dem „Begriff“ von Rechtsprechung oder Entscheidung. Dies wäre nur dann zulässig, wenn Entscheidung ohne materielle Rechtskraft ein Unbegriff, eine contradictio in adiecto, eine Unmöglichkeit wäre. Denn sonst — diesen Fall und den der Begriffsaufstellung durch positive Normen ausgenommen — kann man ja Begriffe bilden, wie man will, und zu „folgern“ ist aus ihnen nur, was man vorher willkürlich hineingelegt hat.

Solche Fehlgriffe stammen z. T. vielleicht auch daher, daß — von manchen heimlich und unbewußt, von anderen erklärterweise und prinzipiell — die „Wissenschaft“ vielfach als Rechtsquelle behandelt wird. Die teilweise richtigen Resultate dieser — wie ja durch die heute herrschende Ansicht erkannt — irrigen Ansicht beruhen auf dem suppletorischen Naturrecht. Und so hat auch sonst die Theorie die Sache nicht erkannt oder falsch gedeutet. In der Praxis aber ist die Anwendung der Rechtsergänzung im allgemeinen unbewußt in Übung, wo etwas positiv rechtlich Ungeregeltes entschieden werden soll. So umfassen positives Recht und subsidiäre Rechtsergänzung zusammen alles der Willkür vernünftiger Wesen direkt oder indirekt Zugängliche; alles, was — wie oben ausgeführt — rechtlich normiert werden kann; kurz, aber ungenau: das menschliche Leben vom Standpunkt des Rechts.

Ein Einwand dem allen gegenüber liegt nahe: Eine solche subsidiäre Rechtsergänzung entstehe begrifflich nur, weil der Begriff des positiven Rechtes als „Befehl“ zu enge gefaßt worden sei. Es entstehe zwar als Befehl, führe aber dann ein von seinem Schöpfer unabhängiges Leben und dergleichen. Auf den Namen kommt es nicht an. Allein es ist wichtig, darauf hinzuweisen, daß diese Rechtsnormen auf Grund von Naturgesetzen gelten. Deshalb wichtig, weil

über den Inhalt der in Frage stehenden Normen — wie die streitenden Interpretationstheorien und Ansichten über „Lücken“ beweisen — mangels Erkenntnis der Grundlagen mitunter manche Unklarheit und Kontroverse besteht, wozu ja insbesondere die Interpretationsprinzipien selbst gehören. Die Unterscheidung hat Bedeutung, weil diese Interpretationsprinzipien fürs positive Recht teilweise andere sein müssen als die Prinzipien zur Auffindung der Rechtsergänzung im Spezialfall. Und es kommt darauf an, zu zeigen, was an jener alten, in unserer Laienwelt noch keineswegs erstorbenen Überzeugung von der Existenz eines Naturrechts Wahres ist.

Dieses Naturrecht selbst ist selbstverständlich an sich so wenig wünschenswert als der Naturzustand. Nur mitunter in diesem oder jenem Punkte Rückkehr zur natürlichen Ordnung. Im allgemeinen aber soll das positive Recht keineswegs eine Kodifikation des Natürlichen sein, sondern im Gegenteil dem Zweckmäßigen als dem jeweils besten Recht gegen das Natürliche zum Sieg verhelfen.

Immerhin ist in unseren Gesetzen sehr viel Natürliches kodifiziert; insbesondere in unseren Privatrechtssystemen, allerdings unter der Voraussetzung einer Friedensordnung, die physische Gewalt ausschließt und (wenigstens in neuerer Zeit) nach Möglichkeit den bloßen Willen zur Geltung bringt. Würde man dies alles als überflüssig, weil ohnehin geltend, streichen, so bedeutete das eine große Entlastung der Gesetzgebung, die dann nur zu statuieren brauchte, was *contra naturam* ist. Freilich mehr im Prinzip, weil, wie die Dinge heute liegen, ja doch vieles im einzelnen streitig werden könnte und daher eine authentische Deklaration durchs Gesetz — wenn man sich auch gewiß in vielen Fällen kürzer fassen könnte — doch wohl vorzuziehen. Wirklich vollständig ist freilich auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch nicht geworden, obwohl seine Redaktoren darnach gestrebt haben. Dieses Ziel wird wohl so lange unerreichbar bleiben, als nicht durch die Aufstellung einer vollständigen Hierarchie der möglichen Rechtsbegriffe die möglichen Rechtsinhalte erschöpfend und systematisch erfaßt worden sind. Durch bloße Empirie läßt sich eben keine Vollständigkeit erreichen und es müssen die da oder dort gebliebenen Lücken durch Zurückgehen auf das Natürliche ausgefüllt werden. Daß dem so ist, wird auch von einem großen Teil der modernen Theoretiker erkannt. So fragt z. B. Hellwig: „Gibt es nicht auch Rechtssätze, die so selbstverständlich sind, daß das Gesetz eine Überflüssigkeit begehen würde, wenn es sie ausspräche?“ und man begegnet solches unkodifiziertes, „selbstverständliches“ Recht auch auf Schritt und Tritt in Theorie und Praxis. Aber wieso es solche „selbstverständliche“ Rechtssätze geben kann, wie sie systematisch aufzufinden und zu begründen sind und warum sie gelten, darnach wird fast nirgends gefragt.

Da das Anwendungsgebiet der subsidiären Rechtsergänzung durch das jeweilige positive Recht bestimmt ist, lassen sich prinzipiell auch nur zeitlich-örtlich geltende Beispiele für diese Wirksamkeit finden. Ist ja doch die Geltung der subsidiären Rechtsergänzung und insbesondere der Satz: „Was nicht verboten ist, ist erlaubt“, selbst nur suppletorisches Naturrecht, kann durch positive Rechtsnorm verboten werden. In Österreich wird sie umgekehrt durch Rechtsnorm (§ 7 des allgem. bürgerl. Gesetzbuches) anerkannt.

Der Satz, daß ein späteres Gesetz dem früheren derogiert, gilt auch in jenen Rechtssystemen, in denen er etwa nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, denn er resultiert aus dem Wesen der Rechtsentstehung, aus dem Zwecke der Rechtssetzung. Man befiehlt etwas und hernach etwas anderes Widersprechendes; man will also das zweite; und es gilt eben der gesetzgeberische Wille. Allein dieser Satz ist keineswegs etwa zwingendes Naturrecht: sehr wohl sind Gesetze denkbar, die ihre Abschaffung überhaupt verbieten, auf dem Wege rechtens unmöglich machen.

Auf demselben Wege zu lösen ist die schwierige Frage des modernen Staatsrechts, die sich ergibt, wenn im positiven Recht keine Anhaltspunkte darüber zu finden sind, ob der Zeitpunkt der (internen) Vollendung des Gesetzes, der Kundmachung oder des Wirksamkeitsbeginns für die Derogierung entscheidend ist. Bekanntlich haben alle drei Standpunkte Vertreter gefunden. Die Kontroverse ist insbesondere dadurch entstanden, daß man den Zeitpunkt, der dafür maßgebend ist, ob ein Gesetz einem anderen inhaltlich derogiere oder nicht, von dem des Wirksamwerdens dieser Derogierung nicht unterschieden hat. So war es möglich, daß man für die Meinung, es entscheide der Moment des Inkrafttretens, anführte, die beiden anderen Auffassungen könnten nicht erklären, was während der *vacatio legis* gelte!!*) Diese Argumentation ist ganz unbegründet. Sie entstammt — nebst obigem — jener falschen materialistischen Auffassung vom Gesetz. Strenge genommen, wenn also nach dieser Auffassung ein Gesetz vor „Wirksamkeitsbeginn“ nichts wirken kann, müßte darnach auch jedes noch nicht in Wirksamkeit getretene Gesetz absolut unabänderlich sein, während es doch im Zweck der Sache liegt, daß ein Befehl durch einen anderen vor Ausführungsbeginn widerrufen oder modifiziert werden kann; derartiges wäre dann nur durch die Klausel möglich, es solle das zweite Gesetz unendlich kurze Zeit nach dem zu derogierenden ersten in Kraft treten; und auch so wären unliebsame Konsequenzen nicht immer auszuschließen. Allerdings gilt das alles nur bei folgerichtiger Anwendung jener materialistischen Auffassung. Wäre der hier als unnatürlich bekämpfte Satz irgendwo als positives Recht eingeführt, so genügte m. E. die bloße Klausel, daß dieses nach einem anderen Zeitpunkt derogiere, um den Satz für diesen Fall außer Kraft zu setzen. In Wahrheit handelt es sich doch darum, Zweck und Willen zu erschließen. Den Willen jemandes ersieht man daraus, was er zuletzt befohlen hat, nicht aber aus dem Befehl, der zuletzt wirksam werden soll. Im allgemeinen wenigstens, wenn es einmal anders beabsichtigt ist, so geht dies — und hier ist das ohne jene Schwierigkeiten oder Widersprüche möglich — ausdrücklich oder *per conclusionem* aus dem Befehl hervor: daß er eine bloß interimistische oder subsidiäre Geltung haben wolle; Dinge, welche genau in derselben Weise auch bei Gesetzen vorkommen können, die zweifellos und in jeder Beziehung den nicht zu derogierenden zeitlich nachfolgen.

Ein Gebiet umfassender Anwendung der Rechtsergänzung ist das des internationalen Rechtes und des Völkerrechtes. Hier insbe-

*) Deshalb ist auch die positiv-rechtliche Begründung für Österreich, die den § 3 a. b. G. B. heranziehen will, verfehlt.

sondere ist die Rechtsergänzung unter anderem Namen auch tatsächliche Übung. So entscheidet zwar insofern die *lex fori* über internationales Privatrecht, als das Staatsgesetz seinem Richter die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung befehlen kann. (Diese Befehle können eventuell sehr unzweckmäßig sein, wenn z. B. auf ein Rechtsverhältnis, das unter Rücksicht auf das Recht des Staates A geschlossen worden ist, nach positivem Recht des Staates B das Recht von B oder C angewendet wird.) Soweit aber nichts bestimmt ist, entscheidet die subsidiäre Rechtsergänzung, die aus dem Zweck der einzelnen Rechtsinstitute zu erschließen ist. Nicht: aus dem Zweck der einzelnen Rechtsgeschäfte; denn nicht immer liegt es im Zweck der Rechtsinstitute, der Privatdisposition in diesem Punkte freien Spielraum zu lassen; wo dies allerdings der Fall ist, dort enthält dieser Zweck des Rechtsinstituts eine Weiterverweisung auf den Zweck des konkreten Rechtsgeschäftes. Dieser Zweck ist an keine Staatsgrenzen gebunden, daher ist das internationale Privatrecht insofern überstaatlich.

Ein Satz, gegen den in der Praxis sehr viel gesündigt wird, folgt aus dem Zwecke einer kassatorischen Rechtsmittelinstanz: daß nämlich die Entscheidung sich nicht auf neue in der Verhandlung unerörterte Gründe stützen dürfe, weil man eine Entscheidung nur dadurch widerlegen kann, daß man ihre Gründe widerlegt. Und es ist eben der — z. B. in der deutschen Zivilprozeßordnung grob verkannte — Hauptvorteil der Rechtsinstanzen, daß der Prozeßstoff immer mehr beschränkt die Aufmerksamkeit aller auf wenige Punkte konzentriert und diese mit allen Gründen und Gegengründen erörtert werden. Denn sonst — das gilt *de lege ferenda* — bedeutet der Rechtszug nur eine — vielfach recht zweifelhafte — Remedur gegen etwaige Parteilichkeiten und Wahrung der Rechtseinheit, zwei Dinge, die sich wohl einfacher auf anderen Wegen erreichen ließen; es sei denn, man ginge von der Annahme aus, daß, wem Gott ein höheres Amt, auch den rangklassenmäßig höheren Verstand gegeben haben müsse.

§ 14 des österreichischen Grundgesetzes über die Reichsvertretung spricht von „kaiserlichen Verordnungen“, denen „provisorische Gesetzeskraft“ verliehen wird. Es fragt sich nun, ob diese § 14-Verordnungen als Verordnungen durchs Gericht überprüfbar oder als Gesetze unüberprüfbar sind. Tatsächlich — warum, ist hier nicht auszuführen — sind sie weder Verordnungen noch Gesetze, sondern ein Drittes und daher gelten für sie weder die Normen über Verordnungen noch die über Gesetze. Wohl auch nicht vermöge der Worte „provisorische Gesetzeskraft“.*) Diese Worte beziehen sich nur auf die Fähigkeit der Notverordnungen, Gesetzen provisorisch zu derogieren; nicht darauf, daß auch sonst eine Behandlung als Gesetze stattfinden soll. Hier zeigt sich auch die Unmöglichkeit, mit „Analogie“ etwas anzufangen. Es gäbe die des Gesetzes und die der Verordnung, welche ist nun auf „Verordnungen mit provisorischer Gesetzeskraft“ anzuwenden? Vielmehr tritt hier die Rechtsergänzung in Kraft. An und für sich, wenn jene gesetzliche Beschränkung nicht existierte, wären auch Gesetze nicht

*) Dies ist Gesetzesauslegung im engeren Sinn; daher nicht unzweifelhaft zu entscheiden.

nur formell, sondern auch auf ihre Verfassungsmäßigkeit (Kompetenz der betreffenden Gesetzgebung in zusammengesetzten Staaten, Erreichung der einfachen oder qualifizierten Majorität etc.) überprüfbar; denn es liegt eben im Prinzip der subsidiär allgemeinen Freiheit, daß man die Rechtmäßigkeit von Befehlen, die man selbst und die man andere befolgen lassen will, prüfen darf und, soweit man andere dadurch binden will, auch prüfen soll, weil ja anderes vielleicht eine ungerechtfertigte Einschränkung ihrer Freiheit wäre. Also sind die Normen sui generis, die auf Grund des § 14 erlassen werden, mangels einer entgegenstehenden Gesetzesbestimmung in Bezug auf ihre legale Entstehung durch den Richter überprüfbar.

Exkurs: Prinzipien der Interpretation.

Eines der wichtigsten und allgemeinsten Anwendungsgebiete der Rechtsergänzung dürfte nach der heutigen Lage der Dinge die Lehre von der Interpretation sein und da diese Frage überdies heute zu den umstrittensten Problemen zählt, so soll sie hier kurze Besprechung finden, wiewohl sie eigentlich nicht in die Rechtsphilosophie, sondern in die allgemeine Rechtslehre gehört. Denn wenn auch wohl die meisten Rechtssysteme einige positive Normen über Interpretation besitzen — deshalb gehört auch das Nähere in die allgemeinen Rechtslehren der einzelnen Rechtssysteme — so reichen diese Normen wohl kaum irgendwo aus. Weil dem aber so ist, so kann hier eine Interpretationstheorie nur unter der Annahme aufgestellt werden, daß der bezügliche Rechtskreis — wie z. B. wenigstens das Gesetzesrecht des Deutschen Reiches — gar keine positivrechtlichen Normen darüber hat.

Man hat oft gesagt, Interpretieren sei eine Kunst. Es ist allerdings richtig, daß die herkömmlichen Interpretationsregeln sich nicht immer und nicht blindlings anwenden lassen, einige einander auch strikte widersprechen. Allein es muß doch möglich sein, die unbewußten Gefühls motive, denen diese Kunst folgt, so wie bei aller Kunst ins helle Bewußtsein zu rücken und dadurch die Sache zu einer bewußten Technik auszubilden. Und die alten Regeln nicht nur einzuschränken und ihnen ihr Gebiet zuzuweisen, sondern auch zu begründen. Und in diesem Bemühen selbst, in dem Suchen nach richtigen Interpretationsmethoden und abstrakten Interpretationsresultaten (nebst den „Konstruktionen“) besteht die — in ihrer Existenz häufig geleugnete — Rechtswissenschaft. Denn alles Forschen nach abstrakt-generellen Wahrheiten (um der Erkenntnis dieser Wahrheiten willen) ist wissenschaftliche Tätigkeit.

Aus dem Wesen des Rechts als eines Befehls folgt, das getan werden soll, was in seiner Absicht liegt. Das wendet seine Spitze nach zwei Seiten. Es ist zwar richtig, daß das Gesetz der Wille der rechtsschaffenden Macht, der Ausdruck dieses Willens das Gesetz in seinem Wortlaut und daß infolgedessen das Gesetz — abgesehen davon, daß, wie gesagt, der Gesetzgeber eine andere Interpretationsart vorschreiben kann — nach der Absicht des Gesetzgebers zu interpretieren ist. Allein es liegt im Willen des Gesetzgebers, daß nicht das Material und die Motive, sondern nur der Gesetzestext Gesetz werden; nur diesen hat er als solches publiziert; und sonst hätte es ja überhaupt keinen Sinn, einen Gesetzestext zu schaffen. (Dieser Satz selbst ist übrigens schon eine Interpretation aus vermuteter Absicht und hat nur demgemäß und insoweit Geltung.) Der Grund dafür liegt darin, daß es zur Vereinfachung und Kürzung der Sache dient. Überdies sind in modernen Staaten nur der Gesetzestext, nicht auch die Motive Gegenstand der Übereinstimmung der gesetzgebenden Faktoren. Dazu kommt noch, daß jedenfalls, wenn die (ja sehr oft ganz äußerliche) Veranlassung der Entstehung, kraft positiver Vorschrift meist aber auch, wenn der Zweck des Gesetzes weggefallen ist, dieses doch weiterbesteht. Hier kann es sich dann für die Auslegung nicht darum handeln, was der Gesetzgeber wollte, sondern was er gewollt hätte. Daher ist die Goldschmidt-Wächter'sche Ansicht von dem vollständigeren Ausdruck des gesetzgeberischen Willens

in den Motiven unrichtig, aber diese bleiben — im Sinne des folgenden — allenfalls ein Interpretationsmittel für die Absicht des Gesetzes.

Denn es handelt sich auf der anderen Seite zwar um die Absicht des Gesetzgebers, soweit sie zum Ausdruck gekommen ist, nicht aber auch darum, wie sie zum Ausdruck gekommen ist. Das Gesetz ist eben ein Befehl, ist objektivierter Wille, ist objektiver Geist, ist der Sinn und nicht die Worte. Sonst müßte auch, wenn die Bedeutung eines Wortes sich änderte, die neue Bedeutung gelten. So scheitert die Theorie formaler, am Gesetzeswortlaut klebender Interpretation schon daran, daß es nicht möglich ist, hier einen reinlichen Strich zu ziehen, geschweige denn die Berechtigung einer solchen Scheidelinie zu beweisen. Es kommt demnach nicht darauf an, was die Redaktoren zum Ausdruck bringen wollten, sondern nur darauf, was sie zum Ausdruck brachten. Aber dasjenige, was sie zum Ausdruck brachten, ist seinem Inhalt nach so zu verstehen, wie sie es verstanden wissen wollten.

Es gibt daher eine berichtigende Auslegung dahin gehend, daß der Gesetzgeber mehr oder weniger oder anderes sagen wollte, als er gesagt hat. So ist eine Remedur gegen eine falsche Legaldefinition nur vom Standpunkt der Absichtsinterpretation aus möglich. Der Gesetzgeber hat anderes gemeint, als er sagt, der Sinn des Gesetzes ist ein anderer. So macht Ludwig Spiegel („Gesetz und Recht“ S. 61) darauf aufmerksam, daß nach dem Wortlaut des österr. Wehrgesetzes auch die Frauen wehrpflichtig wären. („Die Wehrpflicht ist eine allgemeine und muß von jedem Staatsbürger persönlich . . . erfüllt werden“, und wenn andere Gesetze von „Staatsbürgern“ sprechen, sind auch die Frauen mitgemeint). Ebenso verhält es sich mit der Lösung von Widersprüchen im Gesetz. Neben Gesetzesstellen, die dem Wortlaut nach antinom sind, kommen hier auch Rechtsbefehle in Betracht, die wörtlich unausführbar sind. So soll z. B. einmal ein Steuerbetrag von 20 K 15 h abzüglich des Postportos von einem Amte an die Partei zurückzustellen gewesen sein; dieses Porto aber beträgt 10 h bei Beträgen bis zu 20 K, 20 h darüber hinaus. Der Sinn ist, der Partei so viel zukommen zu lassen, als möglich ist, ohne daß das Amt dabei etwas einbüßt, das sind in diesem Falle 20 K.

In gleicher Weise macht Interpretation nach der Absicht, und sie allein, ein Großteil des sogenannten *agere in fraudem legis* unmöglich. Man könnte unter Umständen *de lege ferenda* vielleicht manches dafür anführen, daß das Recht in der Weise fortgebildet wird, daß unter Wahrung der Formen zu neuem Inhalt fortgeschritten wird, (ein sehr prägnantes und bekanntes Beispiel ist die *emancipatio* des römischen Rechts): Fortbildung unmittelbar nach dem Bedürfnis, besonders wenn die Gesetzgebung schwerfällig oder behindert und Bildung von Gewohnheitsrecht durch zu bewußte Denkungsart oder aus anderen Gründen nicht möglich ist. Mehr läßt sich im allgemeinen dagegen sagen: daß unsinnige, überflüssige und unökonomische Formen entstehen, Sinn zu Unsinn wird, bisweilen auch schlechte Inhalte, die große Gefahr eines Mißbrauches zu egoistischen oder Klassenzwecken, daß die Lethargie der Gesetzgebung dadurch noch befördert wird und man sich bei den (nicht nur formell, sondern oft auch inhaltlich) halben Lösungen beruhigt. Jedenfalls ist solche Interpretation an sich, ohne positivrechtliche Ermächtigung, nicht zulässig.

Ebenso abzulehnen, weil aus dem Wesen des Rechts das Gegenteil folgt, ist der allgemeinere Gedanke einer teleologischen Interpretation, die Auslegung, recte die Verdrehung des Gesetzes nach den jeweiligen „Bedürfnissen“. Es ist ja richtig, daß mitunter diese Bedürfnisse ganz klar sind und eine bestimmte Auslegung wirklich im überwiegenden Interesse aller läge; aber viel häufiger sind die Interessen verschiedener Gruppen gegensätzlich oder es kreuzen sich mehrere Zweckmäßigkeitserwägungen. So wäre z. B. die oben vorgetragene Auslegung des § 14 des österr. Grundgesetzes über die Reichsvertretung insofern unzweckmäßig, als große Unsicherheit in der Rechtsprechung die Folge sein könnte, und insofern zweckmäßig, als die Regierung- und Willensvertretung gerade dadurch zu ordnungsgemäß verfassungsmäßigem Vorgehen gezwungen würden. Ist die Auslegung also zweckmäßig oder unzweckmäßig? Ganz allgemein gesprochen: Wenn von zweckmäßigen Mitteln die Rede ist, muß man selbstverständlich zunächst wissen, welchen Zweck sie fördern sollen. Hier meint die Mehrzahl der Schriftsteller offenbar als Zweck das gemeine Wohl, obzwar sich auch darüber streiten läßt und z. B. einer der hervorragendsten Vertreter teleologischer Interpretation, Josef Kohler, dieser Formel nicht zustimmen würde. Aber das genügt noch nicht. Handelt es sich um das Wohl der Nation oder um das Wohl der Menschheit? Und was im besondern diesem Wohl dient, darüber gibt es recht verschiedene Ansichten. Wessen Ansicht soll hier maßgebend sein? Nun ist allerdings zuzugeben, daß alle diese Schwierigkeiten nicht unlöslich sind. Wenn es überhaupt ein gegenseitiges Abwägen oder Abstufen von Werten für die Allgemeinheit gibt — und das gibt es, — dann muß es auch prinzipiell möglich, wenn auch oft sehr schwer sein festzustellen, welche von den kollidierenden Interessen im Einzelfall vorzuziehen, welche Auslegung also zweckmäßiger ist. Und wessen Ansicht hier entscheidend sein soll — die individuelle des Richters, (Fuchs, schweizer. Gesetz) oder eine irgendwie gewonnene allgemeine (Kantorowicz) — darüber ließe sich vielleicht auch etwas ausmachen. Allein von diesen Schwierigkeiten — es liegt ja auch eine Reihe (übrigens selbst de lege ferenda unbefriedigender) Lösungsversuche vor — ganz abgesehen: Wenn (angeblich) dargetan ist, das etwas zweckmäßig ist, so ist damit nur dargetan, daß es wünschenswert wäre, es ins Leben zu rufen; es ist aber damit noch nicht dargetan, daß es bereits existiere. Daß Erkenntnisinhalt durch Gefühlsmomente, insbesondere durch persönliche Wünsche und Bedürfnisse (wie durch gewohnte Assoziationsbahnen usw.) sehr häufig getrübt wird, ist psychologisch richtig. Aber dieser Fehler darf in alle Wege zu keiner Norm erhoben werden; vielmehr gilt das Postulat, ihn nach Kräften auszuschließen. „Praktische Argumente“, gute oder unliebsame Konsequenzen, zu denen diese oder jene Meinung (resp. Auslegung) führt, sind, wie überhaupt keine Argumente für Richtigkeit oder Unrichtigkeit eines Satzes, so auch niemals unmittelbar für die einer Interpretation. Sie können höchstens mittelbar zur Erschließung der Absicht beitragen.

Es ist denn auch nur einmal ernstlich versucht worden, die teleologische Interpretation nicht nur darauf zu gründen, daß sie eben „zweckmäßig“ wäre, sondern auch darzutun, daß und warum sie tatsächlich (de lege lata) gelte. Allein wenn Wellspacher (Die Zukunft

der österr. Privatrechtswissenschaft“) sagt, teleologische Interpretation sei naturnotwendige Entwicklung und könne durch positive Norm gar nicht verboten werden, weil das der Normierung entzogen sei, so ist gewiß richtig, daß auch das Recht wie alles Seiende den Naturgesetzen unterworfen ist. Aber, wie hier II 1 angeführt, ist nur das, was menschlicher Willkür entrückt ist, einer rechtlichen Normierung nicht zugänglich. Allein wie man interpretiert, hängt doch durchaus vom menschlichen Willen ab: Nicht-teleologische Interpretation wird ja auch tatsächlich geübt. Das muß auch Wellspacher glauben; sonst wäre es müßig, daß er sie bekämpft.

Unbewußt teleologische Interpretation war einmal — so insbesondere im Pandektenrecht — ein unbewußtes Notmittel der Zielnotwendigkeit, des Bedürfnisses;*) ein Mittel, das wir heute, bei ausgebildeterer Gesetzestechne — wenn diese auch noch manches zu wünschen übrig läßt — weder brauchen, noch, da die Sache nun eben bewußt geworden ist, gebrauchen können. Bewußte teleologische Interpretation aber ist aus mehr als einem Grund höchst gefährlich und wäre daher auch de lege ferenda unter den gegenwärtigen Umständen sehr unzweckmäßig, sehr unteleologisch. Gewiß bringt starres Recht manche Unzukömmlichkeit mit sich; dagegen kann die Gesetzgebung Abhilfe schaffen, indem sie dem pflichtgemäßen Ermessen des Richters in einzelnen klar umgrenzten Fällen größeren Spielraum gewährt und indem sie den Bedürfnissen rasch folgend, häufig novelliert. Gewiß unterbindet es auch die Entwicklung durch neue Gesetze, da diese — wenigstens bisher — auch nach Ziel und Technik allmählich vorbereitet sein müssen und die Wissenschaften de lege ferenda, solange sie keine höhere Ausbildung erhalten haben als heute, vielleicht nicht immer ein vollgiltiger Ersatz dieser unbewußten Entwicklung sind, wiewohl sie in anderen Fällen schon heute unbedingt vorzuziehen sind. Und gewiß kommt es, was die teleologische Interpretation betrifft, auf das Richtermaterial, die Stellung des Richters und sonstige Umstände an. Was unsere Verhältnisse betrifft, so führte und führt tatsächlich die teleologische Interpretation nicht nur zur Rechtsunsicherheit, bringt nicht nur — durch die zufälligen Gesetzesworte doch recht stark behindert — im allgemeinen inhaltlich schlechteres Recht hervor als die Gesetzgebung, sie wird auch alsbald bewußt oder unbewußt — wie manche üble Erfahrungen der letzten Zeit lehren — zur parteimäßigen, insbesondere politisch parteimäßigen Auslegung. Daß das — ob nun die Richter gewählt oder ernannt werden, ob absetzbar oder unabsetzbar (das eine Mal werden Machteinflüsse, das andere Mal persönliche Vorliebe des Richters überwiegen) — ein großer Übelstand wäre, bezweifelt wohl niemand. Es führt zur Auslegung, „wie es mir paßt“ zur Willkür ungleicher Behandlung verschieden mächtiger und verschieden beliebter Personen, zum unmittelbaren Durchbruch von Machteinflüssen und Leidenschaften, die in der Gesetzgebung durch Kompromisse mit Gegenparteien, durch Anständigkeit und öffentliche Meinung, infolge der breiteren Öffentlichkeit und des größeren öffentlichen Interesses, das hier bei der generellen Regelung vorherrscht, sich nur in viel ge-

*) Formell richtiger konstruiert, war es eigentlich Ausbildung von Gewohnheitsrecht. Eine bestimmte immer geübte Auslegung wird eben Gewohnheitsrecht, wo solches zulässig und möglich ist.

ringerem Maße durchsetzen kann, kurzum führt vom mühsam errungenen Rechtsstaat zurück — die Ansätze dazu kann man, wie gesagt, bemerken — zu Gewalt und Willkür. Und es könnte bei scharfen Parteikontrasten selbst einmal dahin kommen, daß Richter — um Vorwände pflegt man dann nicht verlegen zu sein: „natürliche Rechte“, „Grundfeste des Staates“, „ewiges Heil“ — klaren Gesetzen offen den Gehorsam verweigern — ist ja doch auch logisch hier eigentlich keine scharfe Grenze zu ziehen — und so unser ganzes System von rechtssetzenden und rechtsausführenden Behörden sich auflösen würde.

Es ist übrigens vielleicht nicht immer genügend beachtet worden, daß eigentlich zwei verschiedene Arten teleologischer Interpretation möglich wären: erstens eine generell-teleologische Interpretation, bei der es sich um eine den momentanen sozialen Gesamtzwecken angepaßte generelle „Auslegung“ des Gesetzes handeln würde, und zweitens eine teleologische Behandlung des dem Richter vorliegenden Einzelfalles, nach den diesem Einzelfall eigentümlichen Zweckmäßigkeitserwägungen, was also zu einer verschiedenen „Auslegung“ derselben Gesetzesnorm bei verschiedenen „Fällen“ führen müßte. Es ist selbstverständlich, daß diese zweite Art noch größeren Bedenken unterliegen würde als die erste.

Wo das Gesetz gesprochen hat, ist daher für Teleologie kein Raum. Wohl aber dort, wo es nicht gesprochen hat: hier wird — und damit schwinden auch viele „praktische“ Bedenken, d. h. Bedenken *de lege ferenda* gegen die Absichtsinterpretation — nach dem Zweck ergänzt; aber nicht etwa, weil diese Art zu ergänzen, zweckmäßig ist, sondern weil sie denknotwendig ist, in der Natur der Sache liegt.

Im Resultat mit der teleologischen Interpretation verwandt — daher auch *de lege ferenda* ungefähr denselben Bedenken unterliegend —, aber mit ganz anderer theoretischer Voraussetzung und Begründung ist das Prinzip der freien Rechtsfindung extremer Richtung. Es ist ein Prinzip *de lege ferenda*. Es gäbe dann soviel willkürliche Herrscher als Richter im Staat, wofern diese „unabhängig“ sind; und wenn sie es nicht sind, wäre es vielleicht noch schlimmer. Und gerade die individuelle Behandlung, die von der freien Rechtsfindung bewirkt werden sollte, führte — oft selbst bei bester Absicht — zu individueller Bevorzugung und Benachteiligung.

Es verhält sich mit der freien Rechtsfindung und der teleologischen Interpretation wie mit den Strafen. Im Einzelfalle wird die Strafe schwerlich nützen, vielleicht sogar schaden; aber zu Zwecken der Generalprävention muß man die angedrohten Strafen auch vollziehen. Ebenso wird das freigefundene oder nach teleologischer Interpretation geschöpfte Recht im Einzelfall (und bloß in Rücksicht auf den Einzelfall) vielleicht zweckmäßig sein, aber fürs Allgemeine sicherlich überwiegende Unwerte mit sich führen. Nur zu bald verliert man im Leben, wo man unmittelbar eben nur den Einzelfall vor sich sieht, den Blick fürs Ganze; das ist begreiflich und entschuldbar; es ist aber traurig, wenn dergleichen unter dem Namen der Wissenschaft oder gar der Philosophie verzapft wird, der Philosophie, die ja darin bestehen soll, daß man den Blick aufs Ganze richtet.

Die Einwände der Rechtsunsicherheit und der Subjektivität gelten nicht auch gegen die „gemäßigten“ Systeme freier Rechtsfindung.

Soweit hier beim Gesetz Absichtsinterpretation gefordert wird, deckt sich das mit unserer Meinung. Was aber die Ausfüllung der hier-nach bleibenden „Lücken“ betrifft, (die aber von der Freirechtsschule meist fälschlicherweise auch dann angenommen werden, wenn das Gesetz nicht klar ist und mitunter sogar auch in anderen Fällen) so ist diese in der Natur der Sache gänzlich unbegründete Auffassung — denn es existiert etwas, wie gesagt, nicht schon deshalb, weil es (angeblich) wünschenswert ist, daß es existiere —, die dem Richter zwar mitunter (Kantorowicz) objektive, aber nicht gerade allzu präzise Anweisungen gibt, bereits widerlegt, wenn anders unsere Ausführungen über subsidiäre Rechtsergänzung richtig sind. Ob es zweckmäßig wäre, Kantorowicz's Rechtsergänzungsmethode durch gesetzliche Vorschrift einzuführen, kann nur unter Berücksichtigung der zeitlich-örtlichen Umstände entschieden werden. In nicht wenigen Resultaten deckt sie sich übrigens mit der naturgemäßen Rechts-ergänzung.

Ungefähr denselben Einwendungen vom Standpunkt geltenden Rechts, ungefähr denselben Bedenken de lege ferenda unterliegen auch die Theorie der (soziologischen) Interessenwägung und das „Wissenschaftsrecht“ Theodor Sternbergs. Von allen diesen Arten und Abarten freier Rechtsfindung, von teleologischer Interpretation, von vollem und beschränktem freien Richterrecht, vom „soziologisch“ gefundenem wie vom Wissenschaftsrecht gelten in gleicher Weise die das Problem geradezu erschöpfenden, alle Bedenken meisterhaft zusammenfassenden Worte Franz Kleins in seinem Aufsatz „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“ (in der „Neuen Freien Presse“ vom 22. Juli 1906 und in der „Allgemeinen österr. Gerichtszeitung“ Jahrgang 1906, No. 34): „ Der Geschäftsverkehr müßte alle Sicherheit verlieren, wenn der Richter jederzeit das geltende Gesetz auf seine Zeitgemäßheit prüfen und bei gegenteiliger Meinung es für den einzelnen Fall außer Kraft setzen könnte, von dem Wirrsal zu schweigen, in das man gerät, wenn verschiedene Richter bei dieser historisch- utilitarischen Kritik zu verschiedenen Ergebnissen gelangen. . . . Gerade wenn Recht vor allem Wille ist, wäre es ganz ausgeschlossen, daß Kreise, die nicht verfassungsmäßig zum Wollen für die Gesamtheit befugt sind, Recht schaffen können. Denn damit wäre auch die Herrschaft bei ihnen. Die Freirechtsbewegung bezweckt, so betrachtet, nicht bloß eine wissenschaftliche, sondern auch eine politische Umwälzung, eine Art Staatsstreich, in dem sie die verfassungsmäßigen Gesetzgebungsfaktoren entthronen oder sie zum mindesten zwingen will, neben sich eine Macht zu dulden, die durch ihre verfassungsrechtliche Unabhängigkeit aller Beschränkung entledigt, die Absichten der legitimen Gesetzgebung beliebig durchkreuzen kann.“

Zu den Gefahren dieser Grenzverwischung liefern gerade auch die Theorien freier Rechtsfindung selbst ein warnendes Beispiel. Kaum eine dieser Theorien begnügt sich damit, freies Recht de lege ferenda zu postulieren; aber auch kaum eine einzige versucht es auch nur, neben der angeblichen Zweckmäßigkeit freien Rechts auch dessen derzeitige Geltung zu erweisen. Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß auch in diesem Belange der Freirechtsbewegung eine allgemeine Teilströmung unserer Zeit zur Seite steht. Hat doch eine vor kurzem in Amerika geborene — übrigens, wenn man jüngsten Stimmungs-

berichten trauen darf, wieder abgeflaute — Richtung der Philosophie mit dem Satze „Was fruchtbar ist, allein ist wahr“ allgemein Wahrheit auf Wert, Kausalität auf Teleologie, Denken auf Wollen zurückzuführen getrachtet. Es soll durchaus nicht behauptet werden, daß der Dualismus zwischen Kausalität und Teleologie — und auf diesen Gegensatz lassen sich die anderen genannten schließlich zurückführen — in metaphysischem Belange unaufhebbar wäre. Allein diese Vereinigung, wie sie etwa in Weiterbildung eines der tiefsten Gedanken Kants gelingen könnte, kann jedenfalls nur in der und für die kosmologische Betrachtung des Ganzen geschehen. Im Gebiete des Einzelgeschehens ist dieser Dualismus in der Tat nicht zu beseitigen, mag er nun im Wesen der Dinge oder in einer ebenso unaufhebbar notwendigen Organisation des denkenden Subjekts seinen Grund haben. Und jene Aufhebung des Gegensatzes im Kosmologischen käme naturgemäß ebensowenig dem Pragmatismus wie der Freirechtsschule zu Gute.

Aus der Interpretation nach der Absicht folgt — was übrigens auch bei einer Wortinterpretation wegen des Zweifels über Wortbedeutungen ebensowenig anders wäre wie bei der teleologischen, die antinome, sehr oft nicht genauer feststellbare Interessen abwägen muß —, daß es echte unlösbare Zweifel geben kann, wenn nämlich die Absicht nicht mit Sicherheit zu eruieren ist; insbesondere bei Widersprüchen im Gesetz; bei der Frage, ob eine spätere *lex generalis* einer früheren *lex specialis* derogieren wollte, wenn die Bedeutung von Worten, besonders wenn der Begriffsumfang zweifelhaft ist. Man hat über das „magis“ oder das „potius“, das „verior“ römischer Juristen bei Entscheidung von Rechtsfällen gelächelt oder gar als eine von den unseren abweichende „Ansicht“ in Dingen der Logik gebucht. Eines ist so unsinnig wie das andere. Es bedeutet das im Gegenteil nur, daß die Römer eine Tatsache klar erkannt haben, die in der modernen Jurisprudenz selten genügend und in richtiger Weise gewürdigt wird: daß Absichtsinterpretation eine historische Forschung ist und daß daher hier in sehr vielen Fällen nicht die eine Deutung wahr und die andere falsch ist, sondern bestensfalls die eine wahrscheinlicher als die andere, und daß man dort, wo man sich (z. B. zu Zwecken eines Richterspruchs) für eine entscheiden muß, dies nur nach der größeren Wahrscheinlichkeit tun kann.

Bei Interpretation nach dem Wortlaut dagegen sind oft mehrere Resultate gleich gut möglich, weil Worte vieldeutig sind. Nach welchen Gesichtspunkten hier zwischen mehreren Interpretationsmöglichkeiten zu wählen wäre, läßt sich allgemein aus der Natur der Sache überhaupt nicht entscheiden. Denn die Wortinterpretation ist durchaus *contra naturam*; im extremen Sinne überhaupt in sich widersinnig und unmöglich, weil das Wort ja nur Symbol des Gedankens ist, und daher mehr nicht möglich ist, als vorzuschreiben, daß statt des Gedankens des Gesetzgebers irgend eines bestimmten anderen Menschen Gedanken, den das Wort bezeichnet d. h. hervorruft, gelten soll, weshalb das positive Recht verschiedene mögliche Arten von Wortinterpretation vorschreiben kann. Enthält der positive Rechtssatz, der die Wortinterpretation in diesem Falle anbefiehlt, nichts über die Entscheidungsmethode in zweifelhaften Fällen, so ist nach allgemeinen Grundsätzen der Rechtsergänzung auf den besonderen Zweck der

positivrechtlichen Interpretationsnorm zurückzugehen. So folgt z. B. aus dem Zweck des üblichen positivrechtlichen Interpretationssatzes für Strafgesetze „*nullum crimen sine lege*“ die weiteren Interpretationsnorm: „*In dubio pro reo*“. Und es folgt, daß nicht die Wortbedeutung zur Zeit der Verfassung oder Erlassung des Gesetzes, sondern die jeweils gegenwärtige Bedeutung des Wortes gilt, daß sich also die richtige Interpretation desselben Gesetzes ändern kann (Kohler); zumindest, wenn die durch die Bedeutungsänderung gebotene Interpretation dem Angeklagten günstiger ist; sonst im Strafrecht und bei Normen nicht strafrechtlichen Inhalts mag es je nach der Art der normierten Wortinterpretation verschieden sein (vergl. auch meinen Aufsatz „Die Tötung auf Verlangen nach geltendem öst. Strafrecht“ in „Juristische Blätter“ 1913, No. 30 (S. 353 ff.))

Dagegen gibt es dort, wo das Gesetz schweigt, wo die Rechts-ergänzung in Kraft tritt, theoretisch keine Zweifel, sondern nur richtige und falsche Entscheidungen. Abgesehen von der Ergänzung natürlich, die nach dem Zweck des Instituts fragt und dadurch von der Interpretation und Aufsuchung des Zwecks des gesetzten Rechts abhängig wird.

Es liegt im Wesen und in der Absicht eines Befehls, in seinem Geist verstanden; nicht aber auch an und für sich in seinem Geist ergänzt zu werden. Hier träte vielmehr die subsidiäre Rechtsergänzung ein, wenn nicht positiv rechtlich Analogieinterpretation vorgeschrieben ist. Allein, man hat es seit langem bemerkt, daß diese Analogie (sei es nun Gesetzesanalogie oder Rechtsanalogie) nicht in allen Fällen und mechanisch „anwendbar“ ist, ohne zu widersinnigen Resultaten zu führen. Hier ist es in der Tat am Platze, diese Anweisung nach der Absicht des Gesetzgebers, der mehr gesagt hat, als er gemeint hat, restriktiv zu interpretieren.

Insbesondere ergibt sich die merkwürdige Tatsache, daß das *argumentum a contrario*, ein naturgemäßer Interpretationsschluß, zu einem der Analogie entgegengesetzten Resultate führen muß. Hier kann niemals irgend ein Wortlaut, sondern nur Sinn und Absicht des einzelnen Rechtssatzes entscheiden. Oder anders ausgedrückt: Man kann Analogie überall dort anwenden, wo der Gesetzgeber, hätte er die Verhältnisse gekannt oder berücksichtigt, auch sie unter das „Analoge“ subsumiert hätte. Die Regeln die man aufgestellt hat, ob Analogie anzuwenden ist oder nicht, können nur von der im allgemeinen vorherrschenden Absicht abgeleitet sein, und nur dementsprechend Geltung besitzen. Ebenso sind die Schlüsse *a maiori ad minus* und *a minori ad maius* — auch diese ja antinom mit dem *argumentum a contrario* — nur als Absichtsinterpretation zu rechtfertigen und keineswegs immer — was ja auch tatsächlich nicht geschieht*) — sondern nur dann und so — weit anzuwenden, als dies Sinn und Absicht ist.

Anders zu behandeln als das gesetzte Recht ist die Rechtsergänzung. Denn hier handelt es sich ja nicht um irgend eine Absicht,

*) Wenn z. B. das Gesetz mit Verurteilungen wegen bestimmter Verbrechen gewisse „Ehrenfolgen“ verbindet, so müßte man darnach bei mechanischer Anwendung schließen, daß diese Ehrenfolgen auch bei mit schwereren Strafen bedrohten Verbrechen einzutreten haben..

sondern es ist durch rein logische Folgerungsoperationen zu erschließen. Und deshalb kann man hier auch nicht eigentlich von „Interpretieren“ sprechen.

Die Tatsache der jenseits des positiven Rechts eintretenden subsidiären Ergänzung macht auch manche „praktische“ Einwände gegen die Interpretation aus der Absicht gegenstandslos, so daß es im allgemeinen auch de lege ferenda kaum nötig oder auch nur angezeigt sein dürfte, eine andere als die naturgemäße Interpretation und Rechts-ergänzung vorzuschreiben.

3. Die Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung.

Die absoluten Grenzen des Rechts sind, wie bereits ausgeführt, zu unterscheiden von den Grenzen der Durchführungsmöglichkeit des Rechts; der Durchführungsmöglichkeit überhaupt und der mit den jeweiligen Mitteln der rechtsschaffenden (bezw. rechtserhaltenden, rechtswollenden) Mächte. Die Durchführungsmöglichkeit ist keine begriffliche Schranke des Rechts; ein derzeit oder auch überhaupt undurchsetzbares Recht besteht in Thesi (z. B. viele Sätze des kanonischen Rechts); und solches Recht ist nur dann zwecklos, wenn es auch keine „moralische“ verpflichtende Kraft mehr besitzt, wenn sich diejenigen, die es befolgen sollen, in keiner Weise mehr daran rechtlich gebunden fühlen, auch nicht mehr deshalb gehorchen, weil es eben rechtens ist.

Durchführungsnormen aber müssen gesetzt werden, weil bei vielen Sätzen nach der (heutigen) Natur des Menschen bloße *leges imperfectae* nicht genügen, vielmehr Androhung und vielfach wirkliche Ausübung eines direkten (physischen) oder indirekten („psychologischen“) Zwanges, d. i. Androhung, eventuell wirkliche Zufügung allogener Übel notwendig ist, um das Recht durchzusetzen.

Es sind dies solche Normen, die meist mittelbare, mitunter (Strafen) aber auch unmittelbare Werte oder Umwerte nur zuteilen, um unmittelbare Werte zu schützen, zu sichern oder durchführungsweise zu verschaffen. Und deshalb bestehen diese Normen auch nicht selbständig, sondern sie sind nur Mittel zu den Zwecken primärer Rechtssätze. Es kann dabei natürlich auch Durchführungsnormen zweiter Ordnung geben, die bestimmt sind, Durchführungsnormen durchzuführen usw. Trotz dieses Verhältnisses haben die Durchführungssätze keinen anderen Inhalt als die primären: auch sie sind von unserem Standpunkt aus Befehle; auch sie enthalten — von einem anderen Gesichtspunkt aus betrachtet — Rechte und Pflichten und deren Bedingungen und nichts als das.

Von diesem zweiten Gesichtspunkt aus sind die Durchführungsnormen in einem anderen Zusammenhang zu behandeln. Hier handelt es sich um die Frage der in abstracto möglichen Durchsetzungsmittel. Welche unter bestimmten Umständen möglich sind, diese Frage entzieht sich natürlich einer allgemeinen Betrachtung. Und deshalb, resp. ebenso gibt es auch darauf, welche Mittel unter bestimmten Umständen tunlich sind, d. h. welche Mittel überhaupt den bestimmten Zweck durchzuführen imstande, welche unter mehreren Mitteln die besten (weil die sichersten, raschesten, ökonomischsten) sind und ob der Zweck überhaupt anzustreben, weil der Aufwand an Mitteln vielleicht übermäßig groß ist, nur formale Prinzipien (die im 3. Teil ausgeführt werden sollen) als Antwort.

Demgemäß gibt es Normen, die überhaupt nicht, andere die derzeit nicht (z. B. weil die Machtmittel des Staates zu gering sind), schließlich solche, die unter speziellen Umständen (z. B. in Zeiten großer Aufregung u. dergl.) nicht durchsetzbar sind, insbesondere weil ihnen die (an sich möglichen) nötigen Durchsetzungsmittel vom Rechte nicht verliehen wurden. Dadurch entstehen dann die wirklich (nicht nur infolge falscher Interpretation) umgeharen Gesetze.

Was eine Kategorisierung der möglichen Durchsetzungsmittel betrifft, so gibt es hier natürlich verschiedene Gruppierungsmöglichkeiten. Wenn wir nebst Mitteln wie Verbreitung von Rechtskenntnissen, Aufklärung über die Sache überhaupt, Gewöhnung an Rechtsbefolgung, im allgemeinen und im besonderen, gutes Beispiel u. dergl. auch absehen, von der uneigentlichen Sanktion durch Moral und Sitte — dadurch, daß das Recht zweckmäßig ist (bewußt als solches erkannt oder unbewußt, weil dem eben so ist) dadurch, daß es dem Rechtsgefühl entspricht, oder weil die ethische Überzeugung besteht, daß man alles Recht (auch das „unrechte“) achten müsse (Moral); ferner weil „man“ es tut, weil es ehrenhaft ist, es zu tun etc. (Sitte) — wenn wir davon absehen, weil der Gesetzgeber ja darauf keinen direkten Einfluß hat — nur indirekt dadurch, daß er das Recht möglichst richtig und dem Rechtsgefühl angemessen gestaltet —; so wäre etwa folgende Einteilung der rechtlichen Durchsetzungsmittel am naheliegendsten (mit teilweiser Anlehnung an Bierling):

- 1.) Verheißung von Vorteilen.
- 2.) Präventivmaßregeln (im engeren Sinn)
 - a) generelle z. B. Stellung unter Polizeiaufsicht,
 - b) spezielle z. B. Formenzwang für Rechtsgeschäfte.
- 3.) Repressivmaßregeln
 - a) vis absoluta
 - a) Ersatzausführung und Fiktion der Ausführung,
 - β) eigentlicher Zwang;
 - b) vis compulsiva
 - a) Repressivstrafen
 - aa) die eigentlichen staatlichen Strafen,
 - bb) sonstige Nachteile (die Mittel können Erfüllung oder Ersatz bezwecken);
 - aa) Auferlegen von Pflichten: z. B. Vertragsstrafe, Schadenersatz, Kostenersatz im Zivilprozeß;
 - ββ) Entziehung von Rechten: Sogenannte Pflichten als Bedingung der Wahrung oder Erwerb von Rechten.
 - β) Exekutivstrafen: Solange bis und damit er es tue.
- 4.) Versagung der Rechtshilfe (ein schwaches Hinderungsmittel)
 - z. B. Unklagbarkeit von Spielschulden, Koalitionsverabredungen.

Die angeführten Mittel sind Mittel erster Ordnung. Zu deren Durchsetzung wären wieder Mittel zweiter Ordnung zu unterscheiden usw. Zu diesen gehören z. B. die Behörden, deren Organisationsnormen daher tertiären Rechtes sind. Natürlich können auch die oben angeführten Mittel zur Durchsetzung von Durchsetzungsnormen, also als Mittel zweiter Ordnung fungieren.

Man kann mit allen diesen Mitteln bloß drohen oder sie wirklich anwenden, d. h. auch alle angedrohten Repressivmaßregeln können durch die Drohung als präventive Durchsetzungsmittel wirken. Der Zweck kann sein Herbeiführung positiver Erfolge oder Verhinderung von rechtswidrigem Verhalten. Wofern es sich um die eigentliche Reaktion gegen Unrecht handelt, gehört dies zu den Durchsetzungsmitteln nur insofern, als dies (im weiteren Sinne) generalpräventiv wirkt. Ansonsten ist z. B. zivilrechtlicher Schadenersatz Herstellung der gerechten Ordnung, primären Rechtes und nicht Durchsetzungsmittel.

In eine Besprechung der einzelnen Mittel, wozu insbesondere eine deskriptive Strafrechtstheorie der möglichen Strafzwecke, Strafwirkungen und Strafmittel, (eine andere systematische Stellung haben die Motive der Strafrechtsetzung und die richtigen Strafzwecke und Strafmittel) gehören würde, soll hier nicht eingegangen werden.

Eine andere mögliche Kategorisierung ist die nach den durchsetzenden Personen, wie sie z. B. Bierling vornimmt: Geltendmachung des Rechts durch den speziell Berechtigten — wobei aber Selbsthilfe im engeren Sinn (auch im Völkerrecht, durch die Fehde und dergleichen) nicht Rechtsdurchsetzung im technischen Sinn ist — oder durch einen Sachwalter für ihn (was infolge abweichender Auffassung vom Recht im subjektiven Sinn Bierlings Unterscheidung beizufügen ist); durch Genossenhilfe (z. B. Zeugnispflicht vor Gericht); und durch Eingreifen obrigkeitlicher Gewalt.

III. Die möglichen Rechtsinhalte.

1. Gruppierungsmethoden.

Der mögliche Inhalt des Rechts (d. h. der unter Abstraktion von den das konkrete Recht gestaltenden Momenten mögliche Inhalt des Rechts) ist an sich sehr mannigfaltig; es handelt sich darum, ihn denkökonomisch zu gruppieren. Sowohl die Einzeltatsachen der rechtlich geordneten Lebensverhältnisse, als auch die besonderen Inhalte der einzelnen Rechtsnormen (diese beiden Dinge müssen ja zusammenstimmen) lassen sich in eine beschränkte Anzahl von Arten möglicher Rechtsinhalte zusammenfassen. Man gelangt auf diese Weise — das ist allerdings nicht heuristisch gemeint, denn diesbezüglich steht die Sache ganz anders — durch fortgesetzte Abstraktion zu immer allgemeineren Rechtsbegriffen und es ist eine Frage der wissenschaftlichen Zweckmäßigkeit, wo man in dieser Vereinheitlichung stehen bleiben will. Schon deshalb ist eine verschiedene Darstellung des Rechtsinhalts möglich. Dazu kommt noch, daß die im Recht vorausgesetzten oder normierten Tatsachen, sofern sie einen Rechtsfall oder eine Rechtsnorm bilden, naturgemäß eben deshalb in funktionellem Zusammenhang stehen, daß es also möglich ist, die Materie jedes Urteils (im logischen Sinne) in Begriffsform darzustellen ist, indem das Prädikat die Determination des Subjekts bildet (Der Baum ist grün: grüner Baum) und da ja funktioneller Zusammenhang inversibel ist, den ganzen Inhalt in der Weise auszudrücken, daß er aus einem dieser Begriffe bestehe, der durch die anderen determiniert wird.

Eine jede Norm enthält notwendig die Bezeichnung der Person oder Personen, von der man die Vollziehung des Auftrags erwartet, diesen Auftrag selbst (die Pflicht) und die Bedingungen, bei deren Eintritt der Auftrag zu erfüllen ist; und nichts anderes. Allein im Inhalt dieses Auftrags erscheinen (in aller Regel und vernünftigerweise) Genußberechtigte, unter den Bedingungen (meist) ein bestimmter Dispositionsberechtigter und die Voraussetzungen, Modalitäten und Wirkungen seines Forderns.

Man kann also sagen, das objektive Recht bestehe aus Befehlen; das heißt vom Standpunkt des Anbefohlenen, aller Rechtsinhalt sind Pflichten, die bestimmten Leuten auferlegt sind, determiniert durch „juristische Tatsachen“, an deren Eintritt diese Pflichten geknüpft sind. Demgegenüber stehen diejenigen, die im Einzelfalle die Erfüllung dieser Pflichten fordern dürfen und so kann man ebensogut sagen, alles Recht bestehe aus Forderndürfen, determiniert durch den Inhalt dieses Dürfens, durch die Leute, die, und die Fälle, in denen sie es dürfen. Und dann besteht alles Recht in Werten, (einschließlich: Abwehr von Unwerten) die bestimmten Leuten in bestimmten Fällen gegeben werden (nicht: geschützt werden, denn dieser Schutz ist

selbst ein mittelbarer Wert); oder in den Unwerten, (einschließlich entzogenen oder verwehrteten Werten) die anderen bestimmten Leuten in bestimmten Fällen zugefügt werden. Oder die Rechtsnormen haben abstrakte Tatbestände zum Inhalt, die dadurch determiniert sind, daß an ihren konkreten Eintritt sogenannte Rechtsfolgen, d. s. Pflichten oder Dispositionsbefugnisse, Werte oder Unwerte, geknüpft sind. Schließlich sind Rechtsinhalt bestimmte Personen, denen Befugnisse zugewiesen oder Pflichten auferlegt, bezw. Werte gegeben oder Unwerte zugefügt werden, die ihrerseits dadurch determiniert sind, daß ihr Eintritt an bestimmte tatsächliche Bedingungen geknüpft ist. — Oder man kann auch den Inhalt in zwei oder mehr Begriffe auseinanderlegen, wie etwa, das Recht enthalte Rechtssubjekte und durch juristische Tatsachen determinierte Rechte usw.

Mitunter ist diese, mitunter jene Betrachtungsweise zweckmäßig und wird geübt, je nachdem was bei diesem oder jenem Rechtssatz zuerst in die Augen springt, im Vordergrund des Interesses steht, für die praktische Rechtsanwendung im allgemeinen der Hebel der Sache ist: daher im Strafrecht die Tatbestände, im Steuerrecht die Steuerpflichten, im Privatsachenrecht und im Erbrecht meist die subjektiven Rechte, im Obligationenrecht diese und die Pflichten, im Eherecht die Personen (Rechtsfähigkeit); und das andere wird als Determination um diesen Hauptbegriff herumgruppiert. Für die Zwecke einer allgemeinen Untersuchung aber ist es besser, eine etwas weitergehende Auseinanderlegung der Begriffe vorzunehmen, wie sie im folgenden geschehen soll.

Daß es hier aber an sich verschiedene gleich richtige und mehr oder minder auch gleichberechtigte Auffassungen gibt, das zu betonen ist nicht unwichtig, weil es eine Menge möglicher und eine Reihe auch tatsächlich vertretener Kontroversen abschneidet.

So meinen z. B. Bierling, Gumpłowicz u. a., es sei das Recht im objektiven Sinn bloß Abstraktion aus den allein „wirklich existierenden“ subjektiven Rechten und Pflichten. Man kann auch dies so oder anders konstruieren. Welches von beiden man auf das andere zurückführt, ist gleichgiltig. Denn es existiert das eine wie das andere nur im Geiste der Menschen. Was die Frage betrifft, ob das objektive Recht die subjektiven „schaffe“ oder bloß „anerkenne“ oder „schütze“, so ist vielleicht „Schutz“ ein schiefes Wort, weil es auch Recht ohne Sanktion gibt, und es mag historisch-genetisch ein (übrigens je nach Umständen verschieden zu beantwortendes) Problem sein; juristisch-praktisch ist es höchst gleichgiltig und dogmatisch-konstruktiv ist es keines.

Eine Auffassung allerdings — leider die herrschende, wenn auch in einer Reihe recht unterschiedlicher Varianten — ist in der Tat höchst unzweckmäßig. Sie faßt den Begriff des Rechts im subjektiven Sinn so enge, daß daneben noch „bloß objektives“ Recht angenommen werden muß, dessen typischer Inhalt an allgemeinen Rechtsbegriffen dann meist nicht näher untersucht wird. In der Tat steht es mit dem Begriff des subjektiven Rechts nicht so einfach, wie dies hier vorläufig dargestellt wurde. Aber die gebräuchlichen Begriffsbestimmungen aller Lager sind der Natur der Sache gegenüber recht willkürlich und konstruktiv außerordentlich unzweckmäßig. Zweckmäßige oberste Rechtsbegriffe müssen so beschaffen sein, daß

neben ihnen kein möglicher Inhalt von Rechtsnormen mehr übrig bleibt, müssen den Stoff vollständig, aber auch möglichst klar und einfach gruppieren und sollen schließlich eine brauchbare Unterlage zur Aufstellung einer Tabelle der untersten Elemente möglicher Rechtssetzung bilden, die durch fortgesetzte Disjunktion aus jenen obersten Rechtsbegriffen zu gewinnen wären.

Was hat bewirkt, daß man insbesondere in Durchführungsnormen meist nicht Rechte und Pflichten, sondern bloß sogenanntes objektives Recht gesehen hat, bzw. daß man unzweckmäßigerweise den Begriff des Rechts im subjektiven Sinn so zu fassen versuchte — (das Resultat war ein Begriffs-Ungetüm, das man allerdings meist einfach, aber, wie insbesondere Bernatzik gezeigt hat, absichtswidrig definierte), — daß er hier keine Anwendung fand? Die Ursachen waren wohl die verschiedenen Elemente, die im Begriff des subjektiven Rechts vereinigt werden sollten, aber in der Tat nicht unter einen Hut zu bringen waren und — vielleicht hauptsächlich — die Tatsache, auf die schon hingewiesen wurde, daß nämlich hier die Bedingungen, „Tatbestände“ etc. sichtbarer, die Rechte und Pflichten mitunter nur kompliziert zu erschließen, daher als bloße „Rechtsfolgen“ einfacher auffaßbar sind. Und in der Tat erschiene, wenn man bloß den Einzelfall betrachtet, eine anders geartete Konstruktion recht ungeschickt. Und schließlich kommt noch dazu, daß man meist unbewußt nur die wichtigen, Konflikten leichter ausgesetzten Fälle ins Auge faßte und mit dem Titel „Recht“ beehren wollte und das Prinzipielle vernachlässigte.

Mit dem künstlichen herrschenden Begriff des Rechts im subjektiven Sinn oder eigentlich vielmehr: den Begriffen und ebenso dem (bzw. denen) der Rechtspersönlichkeit haben Rechtsphilosophie und allgemeine Rechtswissenschaft im Grunde nichts zu tun. Sie sind nur insofern von Bedeutung, als sie positiven Normierungen zugrunde liegen; und in dieser Beziehung sind sie nicht überall und immer die gleichen gewesen.*) Nur zur Absichtsinterpretation von Gesetzen haben sie Anwendung zu finden. Und nur historisch, wie andere positivem Recht zugrundeliegende oder darin enthaltene Vorstellungen und Begriffe, nicht kritisch sind sie zu erkennen. Sie können und sollen demgemäß hier nicht Gegenstand unserer Betrachtung sein.

*) Wo das subjektive Recht im positiven rechtlichen Sinn eine Rolle spielen würde, wären z. B. die Tatbestände der Erpressung in deutschem und österreichischem und des Betruges im österreichischen Strafgesetz. Aber es ist charakteristisch, daß man gerade hier den sonstigen theoretischen Begriff des subjektiven Rechts über Bord wirft und von Aufsichtsrechten des Advokaten über seine Kanzlei und dergl. spricht. (Kassationshofentscheidung vom 3/2 1906 No. 3150) Dinge, die nach sonstiger herrschender Lehre gewiß kein „Recht“ sind.

2. Die obersten Rechtsbegriffe.

Dem oben Gesagten gemäß unterscheiden wir als oberste Rechtsbegriffe (vorläufig) Rechte, Pflichten, deren Träger und juristische Tatsachen. Daß dies den Gesamtinhalt des objektiven Rechts ausmache, braucht hier nicht besonders bewiesen zu werden: wir setzen die Begriffe eben so, daß dies der Fall ist, und müssen nur nachher dartun, daß sie dem Postulat entsprechen. Zum zweiten ist auch ihr gegenseitiges Verhältnis nicht Gegenstand einer ontologischen Untersuchung: wir setzen sie so, daß sie sich ergänzen. Ganz im Gegenteil ist die Grenze dessen, was man „juristische Tatsachen“ nennt, dem Begriff von Recht und Pflicht gegenüber ziemlich willkürlich verschiebbar. Ob man das, was ein Recht (bzw. eine Pflicht) zum Entstehen, Vergehen oder Modifikation seines Inhalts (und damit seiner Art) bringt, zu diesem Inhalt selbst rechnen will oder nicht, ist an sich gleichgiltig. Insbesondere deshalb, weil es ja auch Rechte und Pflichten gibt, die das objektive Recht bedingungslos schafft, und andere Rechte, die ihrerseits darin bestehen, daß sie die Möglichkeit geben, gewisse subjektive Rechte durch gewisse Handlungen zu begründen, also deren Bedingungen sind und von diesem Standpunkt aus auch als juristische Tatsachen betrachtet werden können. Im übrigen soll hier von einer Besprechung der juristischen Tatsachen abgesehen werden, da der allgemeine Begriff keine Schwierigkeiten bietet und eine Unterscheidung möglicher Arten juristischer Tatsachen und deren Besprechung besser in anderem Zusammenhang geschehen soll.

Allein recht unzweckmäßig ist es, wenn man den Besitz als „bloße Tatsache“ hinstellen sucht, an die die Rechtsordnung Rechtsfolgen knüpfe und diese Folgen als subjektive Rechte für den Besitzenden hinstellt. Denn es kann jedes subjektive Recht in Teilrechte, Einzelberechtigungen (und dies in infinitum) zerlegt, also jedes Recht als Tatsache mit Rechtsfolge subjektiver Rechte aufgefaßt werden; allein es widerstreitet der Denkökonomie. Der Besitz ist vielmehr ein dem Eigentum gegenüber schwächeres Recht. Ebenso steht es mit der Behauptung, Erbrecht, Menschen- und Bürgerrechte seien keine Rechte, sondern Zustände. In Wahrheit ist jedes Recht ein Zustand und im übrigen verhält es sich mit diesen gleich anderen Rechten. Denn was die sogenannten Freiheitsrechte, das rechtliche Dürfen betrifft, so enthalten sie Ansprüche, in diesem freien Tun oder Lassen nicht gestört und meist darin geschützt zu werden. Auch jederzeit frei widerrufliche präkaristische Befugnisse sind (wenn auch eben schwache) Rechte; denn sie haben, solange sie bestehen, deren Wirkungen. Schließlich ist es -- aus an anderer Stelle zu erörternden

konstruktiven Gründen und weil sie im übrigen den anderen Rechten analog sind — besser, die (oben angeführten) von der Rechtsordnung gewährte Möglichkeit, gewisse subjektive Rechte und Pflichten zu erwerben, zu tilgen oder zu modifizieren — und zwar nicht nur durch eigene Handlungen, sondern auch durch fremde und sonstige Tatsachen — (Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit, Anwartschaften usw.) subjektive Rechte zu nennen; und zwar potentielle im Gegensatz zu den aktuellen.

Eine Kritik der vorliegenden Definitionen der obersten Rechtsbegriffe soll hier nicht gegeben werden. Schon oft — insbesondere von Jhering, Bernatzik, Dernburg — wurde auf die Absichtswidrigkeit und Unzweckmäßigkeit der Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts als Willensmacht hingewiesen, Fehlern, denen natürlich auch diejenigen nicht entgehen, die dies durch den Unbegriff einer „Macht ohne Willen“ zu tun glauben. Als enfant terrible der Willenstheorie zieht Ludwig Heerwegen (Die Pflichten als Grundlage des Rechts, Berlin 1912) die Konsequenzen: Eigentümer ist nicht der minderjährige, sondern der Vormund usw. Und auch die Konstruktion eines besonders zu diesem Zwecke angepaßten rechtlichen Willensbegriffes böte keinen Ausweg; denn dann bewegt man sich im Zirkel. Die Schwierigkeit liegt tiefer: Es gibt auch andere menschliche Individualwerte als Willensmacht und auch solche verleiht, anerkennt, schützt die Rechtsordnung. Allein auch die Definition: rechtliche Interessen — „rechtlich geschützte Interessen“ ist zu eng, da es auch subjektive Rechte ohne Sanktion gibt — kommt, wie oftmals gezeigt wurde, mit den technischen Bedürfnissen der Jurisprudenz (dem Zweck der ganzen Sache) in Konflikt. Denn die beiden Momente im Begriff, von denen die beiden Gruppen von Theoretikern ausgehen, sind tatsächlich beide vorhanden. Aber sie sind in concreto nicht immer vereinigt. Deshalb sind sie auch begrifflich zu isolieren und die möglichen Arten ihres Zusammenwirkens aufzuzeigen. Die Kombinationsdefinition Bernatziks ist vielleicht insofern eine richtige Vermittlung als sie der tatsächlichen (wenn auch nicht klar bewußten) Auffassung entspricht, von der unsere heutige Gesetzgebung meist ausgehen dürfte;*) eine Antwort auf die prinzipielle Frage, was hier eigentlich, was elementar vorliegt, und auf die nach den Möglichkeiten der Gestaltung gibt sie nicht; ganz abgesehen davon, daß Bernatzik neben Rechten rechtliche Interessen anerkennt, was beweist, daß hier ein zweiter Begriff nötig ist.

Daß die Momente, die wir zu unterscheiden haben werden, daß die Genußbefugnis, die Dispositionsbefugnis usw. Elemente (bezw.

*) Sie ist allerdings absichtswidrig weit (umfaßt eigentlich auch die rechtlichen Interessen, denen gegenüber es nur komplizierte positiv-rechtliche Schranken gibt) und andererseits wird das Problem der Rechte, über die andere disponieren, zwar besser als in anderen Begriffsbestimmungen, aber auch nicht ganz gelöst, da ein rationaler Strich zwischen den Fällen, wo „namens“ des Berechtigten disponiert wird und wo ohne das — es wird darauf zurückzukommen sein — nicht zu ziehen ist. Formell richtig — allerdings seiner Absicht gegenüber zu weit geraten — ist die Definition John Austins „A party has a right, when another or others are bound or obliged by the law, to do or to forbear, toward or in regard of him.“

Arten von Elementen) des allgemeinen subjektiven Rechtes wären, stimmt nur für den Normalfall, nicht aber allgemein. Es sind nur Elemente eines allgemeinen abstrakten Rechtsbegriffes und können in dem konkreten subjektiven Rechte einzeln oder in beliebigen Kombinationen einem Rechtssubjekt zustehen und die zugehörigen anderen Befugnisse einem anderen. Der Sache nach dasselbe ist es, wenn man sie als Arten von Rechten auffaßt und sagt, im Einzelfall stünden dem Rechtssubjekt A beispielsweise Genuß- und Dispositionsbefugnis als zwei unterschiedliche Rechte zu, so daß das, was man heute „Recht“ zu nennen pflegt, in eine Reihe von Einzelberechtigungen aufgelöst würde. Allein ansonsten bilden diese zwei Rechte doch eine Einheit und so ist die erste Darstellungsart wohl vorzuziehen.

Denn es widerstreitet überhaupt — wie bereits erwähnt — der Denkökonomie, die einzelnen Berechtigungen, die aus einem Recht fließen (z. B. das Recht, mein Haus zu bewohnen, aus meinem Eigentum daran; das Recht spazieren zu gehen, aus meinem allgemeinen Freiheitsrecht), Atomisierungen, die man beliebig weit treiben könnte, als besondere Rechte zu konstituieren, was ja übrigens, wenn man die übergeordneten Rechte daneben bestehen ließe, auch eine doppelte Buchung wäre. — Es gilt vielmehr das Postulat, die Einzelberechtigungen und Verpflichtungen, die zwischen denselben Subjekten bestehen und denselben Normen (und damit denselben abstrakt-möglichen rechtlichen Schicksalen) unterworfen sind (und solange sie dies sind) im konkreten Fall wie auch bei der abstrakten Darstellung zu einer möglichst hohen Einheit von „Recht“ zusammenzufassen.

Ebensowenig befriedigend — und dies hängt ja zusammen — wie die heutigen Begriffsbestimmungen des Rechts im subjektiven Sinn sind die der Rechtspersönlichkeit. Eine solche muß unterschieden werden; denn wenn auch die Rechtsfähigkeit als subjektives Recht aufgefaßt wird, so ist damit die Person, der Träger, diese Einheit doch nicht hinweg erklärt. Auch hier findet mit den üblichen Definitionen nicht einmal die heutige Übung der Jurisprudenz ihr Auslangen. So paßt z. B. die sonstige Rechtsfähigkeit nicht für die Parteifähigkeit im Prozeß: Partei ist die offene Handelsgesellschaft usw. Und auch sonst liegen tatsächlich hier und dort „Personen“, Träger-einheiten von Rechten und Pflichten vor, ohne daß man darüber sprechen würde.

Und selbst von aller Zweckmäßigkeit abgesehen: hier sind gewisse Dinge, die mit aller Rechtssetzung notwendig gegeben, in der Natur der Sache liegen, die überhaupt nicht anders geordnet werden können, im Sinne Kants analytische Urteile, ontologische Notwendigkeiten, über die das positive Recht nur insofern disponieren kann, als es die — ganz durchgreifend wohl nirgends benutzte — Möglichkeit besitzt, einzelne dieser natürlichen Elementar-Kategorien für alle Fälle zu vereinigen (bezw. zu trennen); aber nur aus diesen natürlichen Möglichkeiten als Elementen kann es künstliche bauen. Das Wort „Rechtspersönlichkeit“ kann zwar kraft positiven Rechts für gewisse „juristische Personen“ reserviert und daran gewisse Folgen, z. B. über Konkursfähigkeit geknüpft, d. h. gewisse Rechte

und Pflichten für sie allein zugänglich gemacht, also das Potentialrecht ihrer Rechtsfähigkeit beschränkt werden. Und das positive Recht könnte ja eine fast unbeschränkte Menge analoger Kategorien schaffen.

Aber wenn man die *hereditas iacens*, den *nasciturus* oder andere Komplexe „subjektloser“ Rechte, Handelsgesellschaften, Komitees, Konkursmassen (es gibt ja Prozesse des Gemeinschuldners gegen die Konkursmasse) etc., die keine juristischen Personen seien, Prozesse führen, wenn man hier jemanden namens dieses Rechte- und Pflichtenkomplexes und über diesen Rechte- und Pflichtenkomplex disponieren läßt, etc., so sind diese Rechte und Pflichten insofern zu einer Einheit zusammengefaßt. Diese „Person“ treffen z. B. die Wirkungen der Rechtskraft, Kostenersatz, etc.; und dies wäre selbst dann so, wenn sich sofort privatrechtlich die Pflichten auf die einzelnen Gesellschafter (sei es solidarisch, sei es pro diviso) abwälzen würden. Man kann konstruktiv eine Mehrheit von Rechtssubjekten Subjekte eines Rechtes nennen. Allein irgend eine Einheit, irgend eine Zusammenfassung in der Wirksamkeit dieser Subjekte muß bestehen, wenn anders die Bezeichnung als ein Recht irgend einen Sinn haben soll. (Ein wahrhaft geteiltes Recht, wo die „Teile“ in ihrer Geltendmachung wie in der Realisierung voneinander unabhängig sind, sind zwei Rechte, deren juristische Tatsachen bloß einen Zusammenhang haben.) Die Einheit ist in diesem Sinne real und denknotwendig und nichts anderes, als ein solcher für gewisse Zwecke des positiven Rechts in gewissen Beziehungen zu einer Einheit zusammengefaßter Komplex von Rechten und Pflichten ist die juristische Person.*) Denn hievon abgesehen ist es ja sehr gleichgültig, ob die Aktiengesellschaft oder der Aktionär den Titel „Eigentümer“ der Sachen etc. führt. Und es dient zur Erleichterung des Sprechens, hier auch von einem Subjekt zu reden. „Nur weil und soweit auch bewußte Fiktionen den Inhalt von Rechtsnormen und damit zugleich von Rechtsverhältnissen bestimmen oder beherrschen können, nur darum und nur insoweit vermögen dies auch irrtümlich-naive Auffassungen“. (Bierling.)

Im übrigen ist auch beim Begriff des Rechtssubjektes analog dem des subjektiven Rechts zu unterscheiden. Denn die Fragen nach dem Subjekt der Rechte und Pflichten und nach diesen Rechten und Pflichten sind ebenso korrelativ wie die nach dem Wesen des subjektiven Rechts mit der nach dem Begriff der Pflicht und die Antwort aufs eine bestimmt die aufs andere.

*) Denn mag nun die Kritik, die Ernst Mach gegenüber dem Glauben an das Ich (oder die Person überhaupt) als *ens metaphysicum* geführt hat, berechtigt sein oder nicht und mag in erkenntnis-kritischem Belang wie das Ich nichts als ein Komplex von Empfindungen, so die Rechtspersönlichkeit nichts als ein Sammelpunkt subjektiver Rechte und Pflichten oder mag das unzutreffend sein, jedenfalls ist — genau ebenso wie die Vorstellung einer Substanz als Trägerin der „Attribute“ — die Vorstellung einer Trägerin der Rechte und Pflichten vorstellungsmäßig ganz unentbehrlich und unausweichlich und der Begriff der Rechtspersönlichkeit in unserem Sinne schon aus diesem Grunde zweckmäßig.

Demgemäß ergibt sich folgende Begriffstafel:

I	Rechtssubjekt im weiteren rechtlichen Sinn	Subjektives Recht im wei- teren recht- lichen Sinn	Pflichtträger im weiteren rechtlichen Sinn	Pflicht im weiteren rechtlichen Sinn
II	Rechtsgenießer	Rechtsgenuß	Rechts- beschwerter	Rechtslast
III	Dispositions- befugter	Dispositions- befugnis	Zu Disponieren Verpflichteter	Disponierens- pflicht
IV	Zur Ausführung (Ausübung) Berechtigter	Ausführungs- (Ausübungs-) recht	Zur Ausführung (Ausübung) Verpflichteter	Ausführungs- (Ausübungs-) pflicht
V	Rechtsträger	Subjektives Recht im natür- lichen (recht- lichen) Sinn	Pflichtträger	Rechtspflicht im natürlichen Sinn
VI	Berechtigter	Einzel- berechtigung	Verpflichteter	Einzel- verpflichtung
VII	Rechtspersön- lichkeit im po- sitiv-recht- lichen Sinn als Berechtigter	Subjektives Recht im positiv- rechtlichen Sinn	Rechtspersön- lichkeit im positiv-recht- lichen Sinn als Verpflichteter	[Rechtspflicht im positiv- rechtlichen Sinn]

Ad I ist zu bemerken, daß Rechtssubjekt, „subjektives Recht“ usw. im weiteren rechtlichen Sinne bloß als abstrakte begriffliche Zusammenfassung der Einzelbegriffe, Rechtsgenießer, Dispositionsbefugter etc. bzw. Rechtsgenuß, Dispositionsbefugnis usw. gedacht ist; nicht als Zusammenfassung von einzelnen konkreten Rechtssubjekten oder Rechten in diesem Sinn, die von der Dispositionsbefugnis etc. ver-

schieden wären, wie das in Kolumne V gemeint ist. „Im weiteren rechtlichen Sinn“ wurde gesagt, weil ja auch Rechte und Pflichten (und natürlich auch deren Träger) in einem weitesten nicht-rechtlichen Sinne gibt: ethische, gesellschaftliche u. a. Rechte und Pflichten, weil sie ja den notwendigen Inhalt aller Normen bilden; allerdings nur Rechte und Pflichten im Sinne des Genusses, der Disposition und der Ausübung, nicht auch notwendig im Sinne der anderen künstlerischen Kategorien.

Ad II: Es gibt subjektive Werte für den einzelnen, deren Handhabung nicht in seine Hand gelegt ist, sondern in die eines Vormunds oder anderer Personen, die sie in seinem Namen geltend machen; oder auch solche, wo auch das nicht mehr der Fall ist, wo bloß rechtliche Institutionen oder Rechts-Handlungen zu seinen Gunsten bestehen oder geschehen; so geschehen eine Reihe polizeilicher Tätigkeiten zum Wohle des ruhigen Staatsbürgers, ohne daß dieser oder ein anderer in seinem Namen über diese Interessen irgendwie disponieren könnte; so bestehen unverzichtbare jeder Parteidisposition entrückte Rechte (z. B. das Genußrecht, nicht ermordet zu werden); so folgen aus einer bloß instruktionellen Norm für die Parteien nur Genußrechte, so Legate für die Armen, Rechte (unorganisierter) „Nationalitäten“ (Art. 19 des österr. Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger). Die Grenze zwischen den genannten beiden Arten erscheint fließend, wenn man an die amtswegige Wahrung von Privatinteressen namens der Interessierten durch die erkennende Behörde selbst denkt.

Analog gibt es Unwerte, die das Recht Menschen auferlegt, ohne daß diese zu einer Disposition oder Ausführung verpflichtet werden: z. B. die Schulden des minderjährigen, für den der Vormund handelt; die Strafe des Verbrechers (Pflichtträger ist der Staat, Disposition und Ausführung belasten seine Organe), der Steuerträger im Gegensatz zum Steuerzahler).

Rechtsgenießer kann nur ein fühlendes Wesen sein, nicht Steine oder dergl. Man kann freilich ein Idol, einen Verstorbenen u. dergl. zum Rechtsträger machen; aber Rechtsgenießer sind sie nicht; sondern die Gläubigen, diejenigen, in deren Andenken der Verstorbene lebt usw. Hingegen können es nicht nur Menschen, sondern alle fühlenden Wesen sein; könnte ja sogar das positive Recht so gut wie einen Säugling oder einen nasciturus auch die Tauben, deren Fütterung letztwillig anbefohlen wurde, zur juristischen Person machen und ihnen zur Wahrung ihrer Rechte einen Kurator bestellen. Im übrigen haben nicht nur die primären Normen einen Genußberechtigten, sondern mittelbar selbstverständlich auch die Durchführungs-sätze, z. B. machen die Strafrechtsnormen diejenigen, deren Rechtsgüter sie schützen, zu Genußberechtigten.

Es handelt sich um subjektiven Wert oder Unwert für den Rechts-genießer bzw. den Rechtsbeschwerten. Allein nicht er ist es, der wertet, sondern die Normensetzenden.*) Es ist ja mitunter möglich, daß eine Pflicht zu erfüllen für den Pflichtbelasteten s e i n e r (richtigen oder falschen) Schätzung nach für ihn einen Wert bedeutet; darauf

*) Vergl. hiezu überhaupt, sowie zu den Begriffen von Wert und Wertung das „Prinzip der falschen Wertungen“ im 3. Teil, sowie meine „Philosophische Kunstwissenschaft“ (Winter Heidelberg 1913) 1. Teil 5. Abschnitt 2. Kapitel.

kommt es hier nicht an, sondern auf die (sei es generelle, sei es individuelle) Wertung seitens der Rechtssetzenden (im Gesetz oder im Vertrag): es ist dies gleichwohl eine Last, kein Recht. Nur dann, wenn, was manchmal vorkommt, eine Handlung generell als Recht und Pflicht zugleich gedacht ist (z. B. eine akademische Vorlesung zu halten; demgegenüber hat auch der Staat ein Recht sie zu fordern und eine Pflicht, sie zu gestatten), kommt es für die Entscheidung im Einzelfall auf die Wertschätzung seitens der Berechtigten und Verpflichteten (der Disponierenden) an.

Irren die Normsetzenden, — was ja nicht selten geschieht (man denke etwa an die unbeabsichtigten Steuerüberwälzungen) — so gibt es vermeintliche absichtsgemäße und daneben vielleicht andere wirkliche Rechtsgenießer oder Beschwerzte. Es ist aber auch möglich, daß eine Norm ganz unvernünftig ist und in niemandes wahrem Interesse liegt; daß sie dagegen nicht irgendwem irgendwie gut erscheint, ist mindestens für den Zeitpunkt ihrer Setzung (und darauf kommt es ja an) — ein Fortbestehen aus technischen Hemmnissen oder Hindernissen der Aufhebung ist ja auch in diesem Fall möglich — undenkbar, da es dem Motivationsgesetz widerstreiten würde. Ebenso unmöglich ist es, daß eine Norm, die einem Vorteile zuwendet, nicht irgend jemand anderen Nachteile zufügt, mindestens dadurch, daß sie ihm die Möglichkeit dieser Vorteile raubt; oder der Freiheit, den anderen daran zu hindern: Selbst ein Gesetz, das allem die freie Benutzung eines im Überfluß vorhandenen freien Gutes, z. B. des Wassers gestattete, entzöge die Freiheit, es ihnen wegzunehmen.

Allgemein steht dem rechtlichen Dürfen die Rechtspflicht anderer gegenüber, ihn hierin nicht zu stören, mindestens der obrigkeitlichen Organe, ihn hier etwa durch Rechtsdurchsetzungsmittel (z. B. Strafen) zu hindern. Und ebenso steht es mit den Potentialrechten. Vermöge von Überwälzungen und sonstiger Fortpflanzung der Wirkung (privativer wie auch kumulativer Natur) kann es eine ganze Reihe Betroffener geben; hier kann es für manche Zwecke angezeigt sein, einen zunächst Betroffenen von den anderen zu unterscheiden.

Es ist demgemäß Genußrecht ein einem fühlenden Wesen von der Rechtsordnung zugewiesener (direkter oder indirekter) Wert (einschließlich abgewendeter Unwert) bzw. Rechtslast auferlegter Unwert. Dieser Begriffsbestimmung sehr verwandt ist die Definition, die Dernburg für das Recht im subjektiven Sinne gibt, mindestens dem Wortlaut nach; der Sache nach in vielen Beziehungen die Jherings.

Im übrigen haben diese Begriffe vorzugsweise Bedeutung für wissenschaftliche Erörterungen de lege ferenda; weniger wohl für das geltende positive Recht nach dem jetzigen Stande von dessen Technik. Doch könnten sie auch hier, insbesondere im Verwaltungsrecht, eine methodische Erkenntnis wesentlich fördern.

Ad III: Disponieren besteht im Durchsetzen von eigenen oder fremden Genußrechten, im Erwerb, Beendigung und Modifikation von solchen und von Rechtslasten.

Im allgemeinen treffen die Personen der Rechtsgenießer bzw. Rechtsbeschwerzten und der Dispositionsbefugten und dazu Verpflichteten zusammen, weil das Recht davon ausgeht, daß im allgemeinen jeder am besten sein eigenes Beste kenne.

De lege ferenda haben theoretisch die Personen des Genußberechtigten und des Verfügungsberechtigten sich dort zu trennen, wo der wirkliche Wert für den Genußberechtigten und seine Wertung auseinandergehen; praktisch dort, wo diese Diskrepanz generell in einem gewissen Grade wahrscheinlich und groß ist (insbesondere dort, wo der Genußberechtigte einer vernünftigen Wertung überhaupt unfähig ist) und wo es sich um wichtigere Dinge handelt; ferner dort, wo er auf diese Weise gegen — als verwerflich qualifizierte — Übermacht anderer geschützt werden kann. Zweitens dort, wo und sofern wichtige dem Privatinteresse zuwiderlaufende Interessen anderer oder aller in Frage kommen. Und schließlich, wo dies technische Vorteile, insbesondere Ökonomie bedeutet (z. B. Polizei). — Es geschieht also mitunter im Interesse des Genußberechtigten selbst — so bedeutet insbesondere auch ein unverzichtbares Recht ein Minus an Dispositionsbefugnis für den Genußberechtigten, aber meist einen Zuwachs an Wert —, mitunter in dem von anderen. Und insofern und weil diese Dispositionsbefugnis oder Verpflichtung in jemandes Interesse liegt oder umgekehrt und insofern dem Befugten die Tatsache seiner Willensmacht Vergnügen macht oder anderen Verdruß oder auch umgekehrt, insofern beinhaltet sie ihrerseits Rechtsgenüsse und Rechtslasten.

Der natürliche Wille und die Persönlichkeit sollen nach altdeutscher Auffassung (nach Gierke) teilbar und übertragbar gewesen sein. Dies ist an sich falsch und höchstens eine Fiktion. Vielmehr disponiert eine andere Person. Und zwar können dispositive befugt nur vernünftige Wesen sein und zweckmäßigerweise nur solche, die (nach Ansicht des Rechtssetzenden) für diesen Fall generell — wahrscheinlich annähernd richtig (am besten — allein mit anderen Zweckmäßigkeitserwägungen antinom — die am richtigsten) werten können. Häufig ist derselbe zu disponieren zugleich befugt und verpflichtet; so z. B. der Vormund. Im übrigen gibt es beides, Dispositionsbefugnisse wie Dispositionsverpflichtungen sowohl über Rechtsgenüsse als auch über Rechtslasten.

Der Begriff der Dispositionsbefugnis umfaßt mehr Fälle als der herkömmliche Begriff des Rechts als Willensmacht — wenigstens der Absicht, wenn auch vielleicht nicht dem Wortlaute nach. Darüber wurde ja bereits gesprochen. So disponiert nicht nur der Vormund, es disponiert auch die Polizei über Interessen, über Rechtsgenüsse und Rechtslasten von Staatsbürgern, indem z. B. die Zensur, dadurch, daß sie ein Werk verbietet, manche vor Anstoß oder Charakterschaden bewahrt, andere eines Genusses beraubt usw.

Es ist möglich, daß Teile der Dispositionsbefugnis verschiedenen Befugten zugewiesen sind, insbesondere daß der Durchsetzungsbefugte vom Begründungs- oder Verzichtsbefugten oder Annahmefefugten etc. verschieden ist oder Kompetenzteilungen in irgendeiner anderen Richtung. Es gibt besonders auch eine Abspaltung einzelner Dispositionsbefugnisse durch Privatdisposition. Es kommt auch vor, daß einzelne Teile der Dispositionsbefugnis überhaupt fehlen; so die Durchsetzungsbefugnis bei undurchsetzbaren, die Verzichtsbefugnis bei unverzichtbaren Rechten; so sind die sogen. Freiheitsrechte gegenüber den Staatsorganen nach positivem Recht jeder Disposition mit Ausnahme der Beschwerde bei Verletzung entrückt; aber auch das Umgekehrte ist möglich und kommt vor: Undurchsetzbarkeit bei sonstiger freier

Disposition; z. B. viele „Reflexrechte“ aus Instruktionen und dergl. (Diese Tatsache ist auch ein Argument gegen die Zweckmäßigkeit des herrschenden Begriffes des Rechts als Willensmacht, der die Freiheitsrechte, weil darüber sonst nicht disponiert werden könne, nicht als solche gelten läßt.)

Mitunter kann ein Dispositionsbefugter (und die Befugnis) überhaupt fehlen, und zwar bei undurchsetzbaren Rechten (denen sanktionslose Pflichten gegenüberstehen), wenn diese zugleich nicht durch Willenshandlungen erwerbbar, unverzichtbar und nicht modifizierbar sind (andernfalls fehlt nur die rechtliche Durchsetzungsbefugnis); so Rechte, die Pflichten des unverantwortlichen Staatsoberhauptes gegenüberstehen. Hier gibt es nur Ausübungsbefugnis und Ausübungspflicht. — Daß die Disponierungspflicht sowohl bei Genüssen als bei Lasten beliebig fehlen kann, liegt auf der Hand; ebenso die Dispositionsbefugnis bei Pflichten. Dagegen gibt es keine Disposition ohne Genußrecht oder Rechtslast (als Objekt).

Man kann die Dispositionsbefugnis als eigenes subjektives Recht mit diesem besonderen Inhalt konstruieren (ebenso die entsprechende Pflicht). Warum dies unzweckmäßig wäre, wurde schon ausgeführt. Denn es ergänzt sich in aller Regel Dispositionsbefugnis und Genußrecht (sowie Ausübungsbefugnis). Nur eines mit dem anderen vereint hat einen Sinn. Und sie haben ansonsten denselben Inhalt. Dies gilt ebenso im Verhältnis der beiden zur Ausübungsbefugnis.

Ad IV: Ausführung oder Ausübung ist die (als solche beabsichtigte) Herstellung des dem Inhalt des Rechtsgenusses oder der Rechtslast entsprechenden Zustandes.

Ausübung und Genuß (bezw. Last) sollen auseinandergehen, wo die Ausführung durch einen anderen besser, insbesondere dieser der verlangten (bezw. nötigen) Handlung (besonders einer vernünftigen Motivation) unfähig ist. Auch durch Privatdisposition ist Ausübung übertragbar. Sie muß vernünftigen Wesen anvertraut werden.

In Ergänzung der üblichen zivilistischen Lehre von der Rechtsausübung ist zu sagen, daß es auch eine Ausübungspflicht gibt. So ist der Vormund des Rechtsbelasteten ausführungsberechtigt und ausführungsverpflichtet. Im übrigen gilt hier mutatis mutandis das über die Disposition Gesagte. Es wäre möglich, Ausübung und Disposition in einem Begriff zusammenzufassen; doch wäre dies kaum zweckmäßig, da sie häufig auseinandergehen, die Ausführung insbesondere auf der Passivseite sehr oft den nicht disponierenden Rechtsbeschwerden zusteht, bezw. trifft. Ohne Genußrecht bezw. ohne Rechtslast gibt es keine Ausübung.

Derjenige, dem gegenüber disponiert oder ausgeführt wird, ist entweder auch disponierend (berechtigt oder verpflichtet oder beides), oder ausführend (ebenso) oder genießend bezw. belastet. Jedem über Genußrechte Disponierenden steht notwendig ein zur Ausführung („Erfüllung“) Verpflichteter gegenüber (weil hier notwendig ein Belasteter vorhanden sein muß); doch nicht auch umgekehrt. Jedem ein Genußrecht Ausübenden steht in aller Regel (siehe oben) ein Belasteter gegenüber; jedem eine Last Ausführenden vernünftigerweise ein Rechtsgenießer.

Ad V: Mit den behandelten drei Kategorien sind alle realen Möglichkeiten erschöpft. Es handelt sich hier um eine Betrachtung

derselben Sache von anderem Gesichtspunkt aus. Jhering hat ganz recht, daß sich Genuß, wie Disposition und Ausübung schließlich auf einzelne Menschen beziehen müssen. Allein dies alles kann durch künstliche Personen zu Zwecken technischer Vereinfachung vermittelt werden. Wenn eine (oder mehrere) der drei Berechtigungen oder Verpflichtungen mehreren zusteht, mögen sie nun alle zusammen oder einzeln oder irgendwie anders modifiziert genießen, belastet sein, disponieren oder ausüben, so entsteht naturgemäß eine solche künstliche Einheit der Rechtsträger. Und dieser künstlichen Einheit, dieser Person, steht etwas zu, was weder Genuß noch Disposition, noch Ausübung ist — denn das alles kann ja nicht sie, sondern können nur Menschen —: das durch die Tatsache dieses Rechtsträgers geschaffene subjektive Recht im (rechtlichen) natürlichen Sinn, bezw. die Rechtspflicht im natürlichen Sinn. Ich nenne es so, um es vom subjektiven Recht im positiv-rechtlichen Sinn zu unterscheiden. Es ist das, was dem Rechtsträger zusteht bezw. ihm auferlegt ist. Irgend eine Dispositionsbefugnis (insbesondere daß die Durchsetzung in seine Hand gelegt wäre) ist im Gegensatz zur herrschenden Auffassung über dieses subjektive Recht im positiv-rechtlichen Sinn hier nicht Begriffsmerkmal.

Dieser Zusammenfassung analog besteht aber noch in anderen Fällen ein technisches Bedürfnis, das für den obigen Fall durch die Zusammenfassung gleichzeitig befriedigt wird. Hierher gehört das „Zweckvermögen“. Aber auch sonst gibt es viele Rechte, deren endgiltige Genießer bezw. Belastete andere sind als diejenigen, durch die die Sache zunächst (aus technischen Gründen) gewissermaßen durchgeht. Dies ist ja bei den künstlichen Personen immer der Fall; oft aber auch bei den natürlichen; Beispiele wurden ja schon ad II gegeben. Hier handelt es sich um den zunächst Verpflichteten, d. h. an wen sich der Berechtigte zunächst zu halten hat, gegen wen das (natürliche) Recht zunächst geht, wer zunächst (wenn auch nur scheinbar) belastet ist; bezw. darum, wer zunächst (wenn auch nur scheinbar) genußberechtigt ist (nicht, wer zu fordern berechtigt ist, nicht der Dispositionsberechtigte).

„Künstlich“ sind allerdings diese Personen nur insofern, als sie Produkte juristisch-technischer Zweckmäßigkeit sind; und insofern, als sie nicht, wie eine ehemals sehr verbreitete Theorie behauptete, indem sie eine mitunter, aber keineswegs immer zutreffende bequeme Analogie mit realer Subsumierbarkeit verwechselte, „Organismen“ sind — ist ja doch überdies das Vorhanden- oder Nichtvorhandensein eines (auch anderweitigen) soziologischen Zusammenhangs fürs Juristische ganz gleichgiltig. „Natürlich“ aber sind diese Personen in dem Sinne, als sie mit einer bestimmten (eben mit jener zweckmäßigen) Gestaltung positiven Rechts notwendig gegeben sind. Daß auch durch die loseste *societas*, sofern das Recht eine solche Verbindung anerkennt, eine neue Einheit als Rechtsträger entsteht, ist durch keine terminologischen Befehle eines Gesetzes, ist überhaupt auf keine Weise verhinderbar.

Im Sinne der herrschenden Jurisprudenz sind bei einer Gesellschaft die Mitglieder Subjekte der Rechte und Pflichten, bei einer Korporation dagegen diese selbst. Es könnte scheinen, als hätte man hier in unserem Sinne zwischen formellen und materiellen Rechts-

trägern zu unterscheiden. Dies wäre allenfalls möglich, allein es ist nicht nötig. Vielmehr sind in beiden Fällen die Mitglieder Träger inhaltlich anderer Rechte, der Mitgliedschaftsrechte, die nebst anderem Inhalt bei der losesten Form der *societas* — aber nur bei dieser, keineswegs mehr etwa bei der offenen Handelsgesellschaft — abzüglich — und das ist das Wesentliche — abzüglich Disposition und Ausübung, für die eine andersgeartete Normierung bestehen muß, in Quoten der Rechte der Gesellschaft bestehen. Und beim Verein hinwieder besteht die Mitgliedschaft auch bei einem solchen, dessen Zwecke nicht die Mitglieder fördern, nicht nur in einer gewissen Dispositionsbefugnis, die für ein minderjähriges Mitglied der Vormund ausüben kann oder könnte, sondern abgesehen von einem wahrscheinlich doch vorhandenen irgendwie gearteten Genußrecht in der Rechtsträgerschaft: der Vormund kann ja wechseln etc., das Mitglied aber bleibt; durch seine Person ist der disponierende Vormund bestimmt, in seinem Namen geschieht es.

Sofern der Rechtsträger nicht eine Einzelperson ist, kann man von seinem juristischen Willen sprechen, der etwas anderes ist als der Wille der einzelnen Mitglieder, vielmehr auf irgend einem bestimmten (rechtlich-normierten) Wege zustandekommt; es formen ihn die in dieser Beziehung Dispositionsbefugten. Dieser „Wille“ aber ist ein Ding *sui generis* — eigentlich die nach bestimmten Regeln gezogene Resultante aus den Willensäußerungen der einzelnen Disponierenden — und keineswegs in Bezug auf sein Zustandekommen, sondern nur in Beziehung auf seine Wirkung dem natürlichen Willen der Einzelperson vergleichbar.

Jedem Recht im natürlichen Sinn entspricht eine Rechtslast und eine Ausführungsverpflichtung und daher auch eine Rechtspflicht im natürlichen Sinn. Jedem Pflichtträger steht ein Genußberechtigter (immer im eigentlichen Sinne, im Sinne der Absicht und Ansicht der Rechtsetzenden; nicht immer in Wahrheit) und in der Regel ein (irgendwie) Dispositionsberechtigter, also immer ein Rechtsträger gegenüber. Dies auch deshalb, weil sich ja nach unserer begrifflichen Voraussetzung Recht und Pflicht im natürlichen Sinn wechselseitig beinhalten.

Das Recht im natürlichen Sinn hat als Absicht zum Inhalt, daß einem Genießer ein Rechtsgenuß oder einem Befugten Disposition oder Ausübung, eine, mehrere oder alle dieser Berechtigungen zukommen soll. Analog steht es mit der Rechtspflicht. Oder, was vermöge der Weiterverweisungen, die in den Inhalten dieser Berechtigungen bzw. Verpflichtungen liegen, infolge der wechselseitigen inhaltlichen Bestimmung, die das Wesen aller dieser Begriffe ausmacht, dasselbe sagt: Das Recht im natürlichen Sinn hat als Mittel zum Inhalt die gegenüberstehende Rechtspflicht des Pflichtträgers und die Rechtspflicht hat zum Inhalt das Recht des Rechtsträgers. So ausgedrückt mit diesen künstlichen Begriffen; es ist dies kein Zirkel, weil ja der Inhalt dieser Begriffe auch anderweitig bestimmt ist, sie also eine Weiterverweisung enthalten. Diese besteht der Absicht nach im oben Gesagten oder anders dargestellt in der Realbestimmung des Mittels: Das Recht im natürlichen Sinn (ebenso wie alle anderen Arten von Berechtigungen) kann man aus Ansprüchen (einschließlich von zukünftigen, noch nicht fälligen) bestehend denken und nur aus solchen. Und alle Pflichten bestehen (in aller Regel, d. i. mit Aus-

nahme derjenigen, denen kein Berechtigter gegenübersteht) daraus, daß Ansprüchen genügt werden soll. Der geltend gemachte Anspruch selbst ist eine (subordinierte) Rechtsnorm, ein Befehl auf Grund einer Rechtsmacht. Es erhebt sie der Dispositionsberechtigte (der aber auch zugleich zu Disponieren verpflichtet sein kann). Es hat sie par excellence der Genußberechtigte; aber auch der Dispositionsberechtigte und der Ausübungsberechtigte haben ihrerseits Ansprüche auf Disposition bzw. Ausübung; denn insofern haben sie ja selbst eigene Genußrechte. Der Träger der Ansprüche ist unserer Begriffsbestimmung gemäß der Rechtsträger. Die Ansprüche erfüllt zunächst der Ausführungsverpflichtete. Denn sie haben zum Inhalt zunächst ein Tun, Dulden oder Unterlassen, und nur dies. Sie richten sich aber auch gegen die anderen Arten Verpflichteter; der Rechtsbeschwerte wird durch die Ausübung belastet und ebenso Dispositions- und Ausübungsverpflichtete, insoferne die Ausführung für sie eine Last bedeutet. Anspruchsbetroffen ist der Pflichtträger.

„Alle Rechte (im natürlichen Sinn) bestehen aus Ansprüchen und nur aus solchen“. Das soll natürlich nur bedeuten, daß sich der Inhalt aller Rechte so darstellen läßt; aber statt dessen auch auf andere Weise, wie wir dies ja getan haben. Aber es soll bedeuten, daß jener Minorität von Rechtslehrern beizustimmen ist, die die Ansicht bekämpft, es sei Inhalt der sogenannten dinglichen Rechte eine unmittelbare Herrschaft über eine Sache. In Wahrheit gehen alle dinglichen Vollrechte auf Unterlassung eines Eingriffs und alle iura in re aliena in der Hauptsache auf ein Dulden und mitunter auch auf ein Unterlassen. Man könnte ja sagen, daß es ein Recht an oder zur Sache gebe, aus dem Ansprüche gegen Menschen erst sekundär fließen. Allein dieses Recht hätte, von den Ansprüchen abgesehen, gar keinen Inhalt. Das Recht ist seinem Wesen nach außerstande, jemandem wirklich eine „unmittelbare Herrschaft über eine Sache“ zu verschaffen; es befiehlt nicht etwa der Kuh oder gar dem Tisch beim Herrn zu bleiben, und wenn ich mein Reitpferd nicht zügeln kann, hilft es mir wenig, daß ich sein Eigentümer bin. Freilich ist die Herrschaft, dieses Benützenkönnen der Sache, der Zweck; aber diesen kann das Recht, was an ihm liegt, nur dadurch erreichen, daß es Menschen Pflichten auferlegt. Es ist also unsere Auffassung gleichzeitig die richtige Realerklärung und die sparsamste Konstruktion. Da alles Recht aus Ansprüchen besteht, ist es auch keine verwunderliche Tatsache mehr, daß sich an den Vermögensmassen, Komplexen von Rechten und Pflichten, die einzelnen Rechte wiederholen können usw. Diesen nächsten Zweck des Rechts (dasjenige, was für den Berechtigten durch die Ansprüche erreicht werden soll) aber bezeichnet man herkömmlicherweise als Rechtsobjekt; und dies ermöglicht dann auch die verkürzende Ausdrucksweise: Recht an der Sache.

Daß die Ansprüche den Inhalt des Rechts erschöpfen, darf aber auch nicht in einem anderen Sinn mißverstanden werden. Zum Begriffsinhalt im weiteren Sinn gehören ja auch Art der Durchsetzung, des Erwerbs, Verlustes, der Modifikation, wer dispositionsberechtigt ist usw. (Bedingungen des Daseins bzw. Nichtdaseins: Modalität) kurz alle Eigenschaften des konkreten Rechts, alles was von ihm ausgesagt werden kann; und wir sahen ja, daß der Inhalt in diesem Sinne je nach Aufstellung der Nachbarbegriffe verschiebbar

ist. Hier — und ebenso natürlich, wenn wir z. B. den Rechtsgenuß des Rechtsgenießers den Inhalt des Rechts im natürlichen Sinn nannten usw. — handelt es sich nur um den von unserem Gesichtspunkt aus wesentlichen Inhalt, um den Erfüllungsinhalt (Qualität), zu dem von diesem Gesichtspunkt aus das andere nur Mittel und Beiwerk darstellt: ist ihm genügt, dann ist dem Recht genügt, und es ist erfüllt.

Ad VI: Daß die Einzelberechtigungen, bezw. Einzelverpflichtungen, die aus den Rechten, bezw. Pflichten jeder Art fließen, in die diese zerlegbar sind, diese nicht begrifflich zu ersetzen berufen sind, wurde schon ausgeführt. Ihr Subjekt ist das des Rechts oder der Pflicht, aus dem (bezw. der) sie fließen.

Ad VII: Die vorhergehenden Kategorien sind die mit jeder möglichen und tatsächlichen Rechtssetzung natürlich gegebenen Begriffe. Sie sind freilich etwas komplizierterer Natur als die herrschende Jurisprudenz diejenigen wähnt, mit denen sie auszukommen glaubt. Allein diese sind nicht nur nicht ausreichend zur begrifflich-einheitlichen Darstellung der vorliegenden Tatsachen, sondern wären, wollte man sie voll ausdenken, auch noch weit komplizierter als unsere. Welchen Zwecken sie in Wahrheit dienen sollen, wie sie zu gewinnen und warum sie nicht hier zu behandeln sind, wurde bereits ausgeführt. Es ist nur noch zur Erläuterung der Tabelle zu bemerken, daß der Begriff der Rechtspflicht im positiv-rechtlichen Sinne eingeklammert wurde, weil einen solchen, der dem subjektiven Recht in diesem Sinne entsprechen würde, die Jurisprudenz nicht ausgebildet hat. (Das Wort Pflicht wird meist in unserem natürlichen Sinn gebraucht:) Es wäre an sich möglich; aber da ja auch der des subjektiven Rechts im positiv-rechtlichen Sinne nur für Auslegungszwecke Daseinsberechtigung hat, so ist kein Bedürfnis darnach vorhanden.

3. Die Rechtsbegriffe im allgemeinen, juristische Konstruktion und die Möglichkeit methodischer Rechtswissenschaft.

Nicht nur der Begriff des Rechts im positiven Sinn, auch viele andere Begriffe, die das positive Recht enthält und die aus ihm einheitlich gewonnen werden sollen, sind nicht einfacher, sondern mitunter außerordentlich komplizierter Natur, sind inhaltlich nicht mit ein paar zusammenhängenden Merkmalen erschöpft, können nicht — hierin zeigt sich das äußerlich — mit wenigen Worten „definiert“ werden. Es wäre sehr wertvoll und würde gar manche Kraft nützlicher verwenden lassen, wenn man diese Tatsache mehr beachtete. Welche Ströme von Tinte sind über der Aufgabe geflossen, den Begriff des Besitzes im römischen Recht zu definieren! Anstatt zu erkennen, daß es ein historisch gewordener Agglomeratsbegriff positiven Rechtes ist,⁴ der mit einem Satz nicht umfaßt werden kann. Das ist hier überhaupt typisch: Rechtsnormen knüpfen an eine Reihe von Verschiedenartigem — aber meist mit demselben Wort Bezeichnetem — dieselbe Rechtsfolge und nun wird nach dem Merkmal gesucht, das — außer dieser Rechtsfolge — allen diesen Fällen spezifisch und gemeinsam wäre, das man doch unmöglich finden kann, da es sich psychologisch — bestenfalls — um konnotative Vorstellungen, um Summation, nicht um Material zu Begriffen im eigentlichen Sinn handelt.

Und dazu kommt noch, daß unsere Jurisprudenz gewissermaßen von der Hand in den Mund lebt, kritischen Begriffsanalysen nach Möglichkeit aus dem Wege geht, begriffliche Komplexe als letzte Einheiten ansieht und zufrieden ist, wenn es mit dem gerade Gegebenen „stimmt“. Dann ist man natürlich neuen Bildungen gegenüber wehrlos. Wenn z. B. die „dinglichen“ Rechte nach herrschender Auffassung die Eigenschaft a und b besitzen und die obligatorischen c und d, so ist die Konfusion fertig, sobald ein Recht mit den Merkmalen b und c auftaucht. (z. B. die Reallasten). Meist wird dann behufs Kategorisierung gefragt, welches das „wesentliche“ Merkmal der Dinglichkeit sei und andere konsequentere Herren erklären das neue Recht (z. B. das Stockwerkseigentum) für innerlich widerspruchsvoll und daher überhaupt für „unmöglich“, weil es nirgends hineinpaßt. Man hält die Verbindung der Merkmale a und b für unlöslich, das eine für „konstitutiv“, das andere für „konsekutiv“, während dies doch höchst selten notwendigerweise der Fall ist und auch nur manchmal vermöge der Tatsache, daß eben keine andere Norm gesetzt wurde, eine durch eine solche Norm auflösbare Konsequenz des einen Merkmals aus dem anderen, meist simple Apposition vorliegt, die nur alte Denkgewöhnung nicht als solche erkennen läßt. (Vergl. hiezu den II. Abschnitt). Und man unterläßt daher, was in jeder Beziehung zur Lösung dieser Schwierigkeiten, zu Klärung und wissenschaftlicher Ökonomie und zum Überblick der Möglichkeiten für Erwägungen *de lege ferenda*, was einzig nützen würde: zu analysieren, bis man zu den Elementen kommt, aus denen sich diese wie die anderen komplexen Begriffe zusammensetzen.

Dazu kommt noch eines: die Rechtsbegriffe sind ja an und für sich, wie alle Begriffe, nichts Reales, (sind nur in Gedanken exis-

tierend) und nichts als gedankliche Vermittlungen des allein Realen: von Tatbestand und der von der Norm daran geknüpften Rechtsfolge. Und deshalb haben die Rechtsbegriffe die gesamte positiv-rechtliche Regelung des betreffenden Rechtsinstituts zum Inhalt. Es ist also der Begriff des Eigentums nicht etwa bloß und einfach die „unbeschränkte“ oder die „allgemeine Herrschaft über eine körperliche Sache“, sondern die Gesamtheit der Berechtigungen (einschließlich der Bedingungen oder fälschlich sogenannten Pflichten, die nötig sind, um einzelne oder alle zu erwerben oder zu erhalten), die Bedingungen des Erwerbs und Verlustes usw. Und obige „Definition“ enthält auch nicht etwa die „wesentlichen“ oder „konstitutiven“ Merkmale, aus denen die anderen „konsekutiv“ folgten — wiewohl ja solches, wie besprochen, vorkommt und die Eigenschaften in diesem Sinne zu unterscheiden sind; sondern der Satz ist eine Definition, wie jedes quantifizierte Urteil es ist, dessen Prädikat sich mit dem Subjekt dem Umfang nach deckt; und unter mehreren — an sich gleich richtigen — Definitionen eines Begriffes kann immer nur für einen bestimmten wissenschaftlichen Zweck eine als prägnant oder wesentlich vorgezogen werden. So könnte man also bei der Definition eines Rechtsbegriffs einmal statt des Rechtsinhalts im engeren Sinn angeben, wann dieses Recht entsteht u. dergl. Mitunter geschieht dies auch heute; aber dann wird es meist als allein berechtigte Begriffsbestimmung verkündet usw.

Aber es gibt allerdings Merkmale, die für die Zwecke der Jurisprudenz wesentlich sind und andere, die es niemals sein können. Es ist ein großer Unterschied, ob man z. B. gewisse konkrete Rechtsgeschäfte zur Rechtsfigur (zum abstrakten Rechtsgeschäfte), des Kaufes zusammenschließt oder ob man alle Rechtsgeschäfte, die ich geschlossen habe (was für meinen Vermögensstand oder für mein Schicksal oder meinen Charakter von Bedeutung ist) oder die heute geschlossen wurden (was etwa statistischen Wert haben kann) zusammenfaßt. Denn im ersten Fall haben diese zusammengefaßten Rechtsgeschäfte eine Reihe und zwar eine große geschlossene Gruppe von für die rechtliche Beurteilung der Einzelfälle maßgebenden Merkmalen gemeinsam. Und wenn man nicht zu viel abstrahiert, so können es sogar alle hiefür in Betracht kommenden sein. Und daß dabei die herrschende Jurisprudenz abstrahierend bzw. subsumierend höher steigt und so eine Hierarchie von Begriffen bildet, hat den ökonomischen Wert, daß jeweils Gemeinsames nur einmal gesagt werden muß, und den jedes Systems, die Klarheit. Freilich ließe sich die Sache — nicht nur in dem Sinne, den wir später darzulegen haben werden, sondern auch auf dem Boden der heutigen positivistischen Rechtswissenschaft — wohl methodischer gestalten, insbesondere wenn man jene Analysen durchführen wollte. Allerdings würde das häufiger kreuzende Einteilungen und überhaupt ein komplizierter gebautes System ergeben.

Was schließlich die m. E. übermäßige Wertschätzung und Pflege der Definitionen betrifft, so ist demgegenüber nochmals hervorzuheben, was ja schon gesagt wurde und selbstverständlich ist, aber merkwürdigerweise doch nicht selten verkannt zu werden scheint, daß sie den ganzen Begriffsinhalt ja nicht angeben, von der Rechtsgestaltung selbst ja nur sehr wenig aussagen können, — auch davon, daß sie durch Angabe des höheren Begriffes und der differentia specifica den Inhalt erschöpfend darstellen könnten, ist ja bei unserer heutigen

Rechtssystematik im allgemeinen nicht die Rede — wenn sie sich nicht eben einfach an Stelle der sonstigen Darlegung setzen wollen, was bei der herrschenden so wenig analysierenden Methode bedeuten dürfte, daß eine davon im Durchschnitt einige Seiten füllte und daß sie überdies dadurch für ihre spezifische Aufgabe untauglich würden. Diese besteht auch nicht darin, erkennen zu lassen, ob ein konkreter vorliegender Fall unter diesen Begriff zu subsumieren ist. Nur wenn die Definition die für diesen Zweck in dieser Richtung wesentlichen Merkmale hervorhebt (z. B. die Tatbestände des Strafrechts, die aber auch fast den ganzen Begriff des Delikts umfassen), was aber bei unseren üblichen Rechtsdefinitionen naturgemäß keineswegs immer der Fall ist, gibt sie hierüber Aufschluß. Unmöglich etwa könnte, um ein schon erwähntes Beispiel nochmals heranzuziehen, auf Grund der bloßen Definition des Eigentums entschieden werden, ob irgend eine besondere Rechtsgestaltung (z. B. fiduziarisches Pfandrecht, das Recht zur gekauften, aber noch nicht tradierten Sache, das Recht zum bereits rechtmäßig, jedoch ohne grundbücherliche Eintragung in Besitz genommenen Grundstück u. a. m.) Eigentum ist oder nicht. Ja noch mehr: die Definition des Eigentums „unmittelbarer rechtlicher Herrschaft über eine körperliche Sache“ könnte auch für den Faustpfandgläubiger zutreffen, paßt auch schließlich auf den Besitzer; und wenn man den Ton auf „rechtliche“ legt, dann enthält die Definition eine Weiterverweisung auf die Gesamtheit der Normen über Eigentum, die sie für ihre spezifische Aufgabe unbrauchbar macht. Das hat seinen Grund darin, daß Rechtsbegriffe Gebilde menschlicher Willkür sind. Daher ist hier Sigwarts „diagnostische Definition“, die die „charakteristischen“ Merkmale angibt, nicht anwendbar, die in der Natur gegebene Objekte voraussetzt. (Vergl. Sigwart Logik 4. Auflage, I. Bd. S. 395).

Von diesem letztgenannten Zweck abgesehen, hat die Definition von Rechtsbegriffen keine andere Funktion, als Erklärung der Wortbedeutung. Und selbst dieser wird nicht immer genügt; denn es stehen auf beiden Seiten Worte, und nicht selten ist hier das zu definierende verständlicher als die definierenden.

Daß ihr Wert oft sehr problematisch ist, diese Eigenschaft teilt die Definition mit der juristischen Konstruktion. Es ist nicht so einfach zu sagen, was eigentlich mit „Konstruktion“ in diesem Sinne gemeint zu werden pflegt. Denn auch dieses Institut leidet, wie zu zeigen sein wird, an jener unglücklichen Mehrheitlichkeit der Zwecke, denen es selten allen zugleich genügt und genügen kann und die auch nicht jederzeit alle zusammen angestrebt wurden, was aber eben dadurch, daß dies unbewußt oder mindestens unklar blieb — nebst anderen Gründen, die notwendig im Wesen der Sache liegen — zu verschiedenartigen Konstruktionen desselben und den erbitterten Kontroversen darüber geführt hat. Und dazu kommt noch, daß — psychologisch ist das als Gegenwirkung gegen die sonst so nüchterne und beim heutigen Betrieb so wenig Betätigungsfeld bietende Wissenschaft recht erklärlich — natürlich auch unbewußterweise die Konstruktion in Nebelschleier gehüllt und als heiliges Mysterium der Juristen und als höchstes Ziel der Theoretiker gehütet wurde.

Konstruiert werden Rechte, Pflichten, juristische Tatsachen, Rechtsgeschäfte, ganze Normenkomplexe, Rechtsinstitute. Und die

Konstruktion besteht äußerlich darin, daß einer dieser Rechtsbegriffe auf einen anderen „zurückgeführt“, in gewissem Sinne — aber auch nur in gewissem Sinne — unter ihn subsumiert wird. Es fragt sich, nach welchen Regeln und zu welchem Zwecke. Mitunter handelt es sich um wahre Subsumtion der species unter das genus. Allein man muß hier sehr vorsichtig sein. Nicht immer ist das schon zulässig, wenn es mit den üblichen Definitionen anscheinend stimmt. (Z. B. das Gesetz definiert als geäußerte Willensübereinstimmung der Kammern und des Monarchen: als Vertrag). Wenn Rechtsfolgen aus dieser Subsumtion abgeleitet, wenn die Rechtsnormen des übergeordneten für den untergeordneten Fall Geltung haben sollen, so muß dies die Absicht der Rechtssetzung sein, wofür allerdings die subsidiäre Rechtsergänzung spricht; oder es muß eine begrifflich-logische Notwendigkeit vorliegen; wenn dies aber zutrifft, so ist dies nicht Konstruktion, sondern eigentliche Subsumtion. Dann gibt es Fälle, in denen eine Realerklärung der Entstehung durch eine Subsumtion im genetischen Sinne beabsichtigt ist. Sehr häufig soll auch eine Rechtfertigung des Bestandes der Rechtseinrichtung *de lege ferenda* durch Subsumtion unter Wirkungsgleiches — mitunter auch ohne das durch irgend eine Subsumtion unter ein (generell) als zweckmäßig oder sonst berechtigt anerkanntes Institut — gegeben werden (z. B. die Straftheorie der Kontumaz), was übrigens, wenn man den Schluß der Berechtigung allein daraus ziehen will, eine etwas naive, aber nicht selten angewendete Art einer angeblichen Beweisführung ist. Meistens aber — und im eigentlichen Sinn ist die Konstruktion nichts anderes als ein Mittel zur (wirklich oder häufig auch nur vermeintlich) leichteren Vorstellbarkeit, Subsumtion unter Bekanntes, uns bereits Selbstverständliches, insbesondere auch außerrechtliche Lebensbeziehungen usw., mitunter auch auf dem Wege, daß das zu konstruierende zuerst analysiert und dann die Elemente subsumiert werden. In diesem Sinne suchte man den Testamentsvollstrecker als Mandatar, den Erbvertrag als Testament mit Widerrufsverzicht zu konstruieren, wiewohl damit der positiv-rechtliche Begriff des Mandats wie des Testaments aufgegeben ist.

Demgemäß sind Konstruktionen in diesem Sinne an sich eine recht willkürliche Sache. Es kann ja immerhin eine ganze Reihe solcher Konstruktionen „stimmen“. So war etwa im vorjustinianischen römischen Recht an grundsteuerpflichtigem Boden kein echtes Eigentum möglich; es stand vielmehr im Eigentum des Staates. Und das Enteignungsrecht führten naturrechtliche Schriftsteller auf ein Obereigentum (i. e. wahres Eigentum) des Staates zurück. So läßt sich auch ein Pfandrecht mit Verfallsklausel als eigentliches Eigentum konstruieren, demgegenüber der „Eigentümer“ nur Nutznießer ist. An und für sich ließe sich jeder Vertrag, jede annahmebedürftige Willenserklärung, jede Vereinbarung, Willensübereinstimmung auffassen als einseitiger Akt mit resolutiver Potestativbedingung des anderen und umgekehrt.

Hier wird es aber bereits ziemlich klar, daß das nicht im Sinne der leichteren Vorstellbarkeit sein kann. Es kommt nicht darauf an, daß es einer „Wirklichkeit“ entspricht, auch nicht auf eventuelle Widersprüche im System, wiewohl diese — weil gefühlsmäßig störend — nach Möglichkeit vermieden werden sollen. Sondern Zweck ist es, die Sache (juristisch) anschaulich, leicht merkbar und

klar zu machen; Mittel dazu sind vorzugsweise möglichste Ökonomie im Aufstellen von Begriffen und möglichste Einfachheit der aufgestellten Begriffe. Die Konstruktion soll anschaulich sein. So ist Linggs Konstruktion des Staates als eines „Zustandes“ unanschaulich und die Konstruktion als eine „Person“ vorzuziehen, weil die Vorstellung, daß ein Zustand Verträge schließt, unvollziehbar ist, wiewohl realiter die „Person“ Staat ebensowenig handeln kann als der „Zustand“ Staat, weil realiter gar nicht der Staat handelt, sondern nur Menschen. Die Konstruktion soll sparsam mit aufzustellenden Begriffen und vermittelnden „erklärenden“ „Vorgängen“ umgehen. Deshalb hat man auch mit Recht nicht an Hugo Grotius Erklärung für die Enteignung festgehalten, weil dies unnötig, ein überflüssiger Umweg, nicht im Sinne der Denkökonomie ist. Die Konstruktion soll aber auch nicht begriffsökonomisch sein auf Kosten der Anschaulichkeit. Wenn Siegmund Schloßmann („Der Vertrag“) eine Obligation erst entstehen läßt, wenn der Vertrag verletzt wurde, so ist das gewiß eine mit Begriffen ökonomisch umgehende Konstruktion, denkökonomisch ist sie nicht, weil die Sache schlecht vorstellbar ist und Denkkumwege nötig macht.

Dies ist z. B. auch der allein entscheidende Gesichtspunkt dafür, welcher der kontroversen Konstruktionen der Kausalität im Strafrecht der Vorzug zu geben ist. Nicht in Betracht kommt, daß die eine dem realen „Wesen“ der Sache näher liegt als die andere; dies wäre selbst dann gleichgiltig, wenn es die Realerklärung, die Rechtfertigung selbst wäre; auch dann wäre die abgekürzte Rechenmethode — eben für diesen Zweck — vorzuziehen. Diesbezüglich scheint für die eine zu sprechen, daß sich dort, wo es sich nicht mehr um dolose oder kulpöse Delikte, sondern um Erfolgshaftung handelt (einschließlich des zufälligen Erfolgs, der aus einer dolosen oder kulpösen Handlung entsteht), mit dem Mill-Liszt'schen absoluten Kausalbegriff nichts anfangen läßt, sondern nur mit der „adäquaten Kausalität“ oder dergl.; und daß es daher im Sinne der Ökonomie zu liegen scheint, in diesen Dingen, da es eben geht, eine einheitliche Konstruktion anzuwenden. Allein dies kompliziert die Sache fürs Strafrecht sehr, während die Liszt'sche Konstruktion sehr einfach zu handhaben ist, daher ist sie vorzuziehen.

Ähnliches gilt von der Frage, ob ein Rechtssatz (im besonderen eine Obligation) als Verbot der Handlung oder als Gebot der Unterlassung zu konstruieren ist, worüber endlos gestritten wurde. Die Sache ist im Resultat natürlich ganz gleichgiltig, wie sich aus einer algorithmischen Darstellung der Begriffe „Verbot der Handlung“ und „Gebot der Unterlassung“ ergeben würde: sie sind identisch. Es handelt sich nur darum, welche analytische Auseinanderlegung der Merkmale des Begriffs die anschaulichere ist (denn Ökonomiegründe kommen in diesem Falle nicht in Betracht); das ist jedenfalls Verbot der Handlung. — Aber keinesfalls kann man aus dieser Entscheidung für eine der Konstruktionen irgendwelche Folgerungen auch nur für weitere Konstruktionen ziehen, wie z. B. August Thon daraus schließen will, es bestehe alles Recht aus Imperativen. Vielmehr ist in solchen Fällen neuerdings eine selbständige Zweckmäßigkeitserwägung anzustellen.

Mitunter kommt allerdings auch keine Zweckmäßigkeitserwägung mehr in Betracht; es wird dann Sache des Geschmacks. So ist etwa

die Schultze'sche Theorie des Zwangsausgleiches im Konkurse als Akt des Gerichtes nicht eigentlich unzweckmäßig. Sie rückt im Gegenteil die Tatsache ins Licht, daß der Zwangsausgleich nach Art einer Gerichtsentscheidung anfechtbar ist (was aber natürlich nicht durch diese Konstruktion, sondern auf anderem Wege bewiesen werden muß). Sie ist auch für einen Juristen, dem ja eine Gerichtsentscheidung ein äußerst geläufiges Ding ist, keineswegs unanschaulich. Allein mit demselben Recht könnte man die Abgeordnetenwahl nach den meisten Verfassungen als Akt des die Wahl verifizierenden Abgeordnetenhauses, nach anderen als Akt des Wahlgerichtshofes hinstellen. Auch diese Konstruktion hebt die Tatsache ganz richtig hervor, daß eine durch das Haus bestätigte Wahl wie jeder Akt des Hauses unanfechtbar ist; auch diese Konstruktion wäre eigentlich anschaulich. Hier wie dort wird die letzte juristisch-formal anscheinend entscheidende — wenn auch pflichtgemäße — Tätigkeit zum Konstruktionssubstrat genommen. Allein hier wie dort wird schwer gegen den guten Geschmack verstoßen, indem das, was am Vorgang vor allem in die Augen fällt, und das sachlich Wesentliche, Entscheidende ist, mit Stillschweigen übergangen wird.

Ist dies harmlos, so kann es doch auch Konstruktionen geben, die sehr gefährlich wirken können, nicht nur zwecklos, sondern zweckwidrig sind. Sie können oft den Blick für zweckmäßige Neuerungen in der Rechtssetzung sehr verengen, ja haben mitunter Dinge als „unmöglich“ erscheinen lassen, die nur in dieses Gedankensystem nicht paßten, aber sonst sehr wohl möglich und nützlich gewesen wären, wovon ja schon unter II. 1. gehandelt wurde. So war, um noch ein Beispiel anzuführen, wohl die Konstruktion, die Auffassung daran schuld, daß die Römer sich so lange gegen die Übertragbarkeit einer Forderung gesträubt haben, wogegen ein praktisches Bedenken kaum vorgelegen haben dürfte. Dazu kommt noch, daß auch heute sehr oft jene — oben bereits berührte — Verwechslung der bloßen Konstruktion mit der Frage nach dem realen „Wozu“ unterläuft und so nicht nur Hemmnis von künftigen, sondern auch sehr viel falsche, bloß scheinbare Rechtfertigung geltenden Rechts bewirkt. Allerdings ist hinwieder zu bedenken, daß es ein im allgemeinen nützlicher Antagonismus ist und das in der Regel wohl zweckmäßigste Resultat erzielt wird, wenn die „Theorie“ — wenn auch aus falschen „Gründen“ — nach Vereinheitlichung der Rechtssetzung strebt, damit man die Sache beherrschen könne; denn das Leben drängt aus seinen Bedürfnissen heraus zur Differenzierung oder geradezu individuellen Zersplitterung. Am besten freilich wäre es, wenn das eine wie das andere wissenschaftlich erwogen und unparteiisch gegeneinander abgewogen würde; denn dann würden die andernfalls mitunter störenden Einflüsse einer Übermacht auf der einen Seite oder anderer Motive ebenso wenigstens vermindert werden, wie das Pendeln und Zerren, das man heute in diesen Dingen überall bemerken kann.

Aber insbesondere ist nochmals zu betonen: So wenig aus den hier besprochenen (bildhaften) Konstruktionen im eigentlichen Sinn als auch aus jenen, die den realen historischen Entstehungsgrund oder das rechtfertigende Moment einer Rechtsinstitution aufdecken wollen, dürfen, was tatsächlich an allen Ecken und Enden geschieht,

als wäre es eine reale Subsumtion, Rechtsfolgen als Schlüsse gezogen, Rechtsnormen als deshalb auch hier anwendbar erklärt werden. So wird aus der patrimonialen Staatsauffassung aufs Thronfolgerecht, aus der Konstruktion als „konstitutionelle Monarchie“ auf das Vorhandensein einer primären Verordnungsgewalt *praeter legem* geschlossen usw. Auch das sind Sünden, die die Systemlosigkeit und Unbekümmertheit unseres üblichen Konstruierens, die Scheu vor prinzipiellen Erwägungen auf dem Gewissen haben.

Und zu all diesen Gefahren kommt die Hauptsache dazu, daß unser Konstruieren eine im großen und ganzen recht zwecklose Sache ist. Der Zweck: Verständlichkeit, Klarheit, Einheitlichkeit, leichte Merk- und Beherrschbarkeit eignet, wie die Sache tatsächlich betrieben wird, meist mehr dem zu Konstruierenden vorher als der Konstruktion, die häufig nichts anderes tut, als einen Wust oft recht unklarer schön und „tief“ klingender Worte hinzuzufügen, den Stoff überflüssigerweise nur zu vermehren. Im Privatrecht verdeckt eine alte juristische Denkgewöhnung — jeder Eintretende wird sofort damit geeicht — die Grund- und Zwecklosigkeit vieler Konstruktionen, die Neulingen und Laien vielfach klar ist, und hat fast jede Rebellion verhindert. Aber etwa im Zivilprozeß, z. B. bei der Konstruktion der Kontumaz, dürften es auch Juristen einsehen können. Das Vorliegen dieser und jener Tatbestände bewirkt Kontumaz; sie „besteht aus“ d. i. ihre Folgen sind diese und jene; der Zweck, die Rechtfertigung der Einrichtung besteht in Gründen technischer Zweckmäßigkeit; und dann kann man noch ihre tatsächlichen (psychologischen und soziologischen) historischen Ursachen — ihrer Einführung und ihrer Beibehaltung — untersuchen. Im übrigen ist die Sache äußerst einfach; äußerst einfach die Voraussetzungen, äußerst einfach die Folgen. Wozu hier noch komplizierte „Theorien“? Was sollen, was können sie bezwecken oder erreichen? Allenfalls ließe sich ja *de lege ferenda* in der Sache noch manches sagen; oder da oder dort über die Auslegung oder die Anwendung des Gesetzes; aber das ist es nicht, was die Bände füllt.

Aus all diesem Jammer heraus könnte ein Weg führen, der allerdings nicht gerade leicht zu bahnen wäre. Es müßte möglich sein, durch systematische (koordinierende und subordinierende) immer weiter schreitende Arteilungen des Begriffes Recht im subjektiven (weiteren) Sinn (bezw. seiner Arten), die möglichen einzelnen subjektiven Rechte, die die Rechtsordnungen aufstellen können, erschöpfend zu eruieren und darzustellen, was also gleichzeitig Kategorisierung und Analyse in die Elemente bedeuten würde; nicht zwar natürlich die konkreten Rechte, die noch weiter dadurch determiniert sind, daß sie zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort von einem bestimmten Individuum besessen werden, sich gegen ein bestimmtes Individuum richten und sich auf ein bestimmtes konkretes Objekt beziehen; wohl aber — hievon abgesehen — deren abstrakte Möglichkeiten und soweit spezialisiert, daß es eine letzte juristische Type bildet, unter die ein konkretes Recht des Lebens subsumiert, juristisch erschöpfend gewürdigt ist. Man könnte diese Würdigung dann in der Weise vornehmen, daß man das konkrete Recht im Klassifikationssystem einreicht, indem man z. B. sagt, das Recht N sei ein relatives, positives, formelles Willensrecht zur Geltend-

machung und zwar ein Gehörsrecht, negativen Anspruchs, aktuell, tauschwirtschaftlich, aber rechtsgebunden, gesetzentstanden, nur zusammen mit dem materiellen Recht übertragbar, administrativ, durchsetzbar etc. etc. Oder man könnte all dies als Elemente (Bestandteile, Inhalt) dieses Rechts ansehen. Man könnte all dies betrachten als Eigenschaften der einzelnen konkreten Rechte oder auch als einzelne Berechtigungen, die aber untrennbar miteinander verbunden und aufeinander bezüglich sind (z. B. Vererblichkeit eines bestimmten Rechts als besonderes formelles Recht u. dergl.). In der Tat sind ja unsere konkreten subjektiven Rechte meist recht komplexer Natur. So steckt fast in jeder Obligation — diesem anscheinend einfachsten Rechtsgebilde — ein relatives Recht gegen den Schuldner und ein absolutes der Zedierbarkeit etc.

Dabei wäre allerdings sorgfältig zu unterscheiden, ob diese einzelnen Berechtigungen in der Weise der bloßen Summation (z. B. im Pfandrecht: der Anspruch gegen den Eigentümer der Pfandsache und die Ansprüche gegen Mitpfandgläubiger und die gegen dritte Personen; die Summe kann natürlich selbst wieder determiniert werden usw.) oder der Determination (algorithmisch: Multiplikation; z. B. das formelle Klagrecht im Verhältnis zum materiellen Recht: „klagbares Recht“) nebeneinanderstehen. Mitunter kann auch Ausschließung (Subtraktion) vorliegen (z. B. Eigentum deducta servitute). Und gemeinsame Faktoren wären zur Vereinfachung (mathematisch gesprochen) „herauszuheben“.

Es wäre dabei zur einfacheren und (in mehreren Belangen) übersichtlicheren Darstellung der ganzen Sache, sowie zu Operationen damit angezeigt, Symbole und die Methode der logischen Algorithmik anzuwenden. Sie gäbe z. B. über die Möglichkeit einer einheitlichen Begriffsbildung oder das Disparatsein zweier Rechtsbegriffe usw. Aufschluß.

Es wäre eine rein technische Frage untergeordneter Art, ob es zweckmäßiger wäre, die juristischen Tatsachen als Determinationen der Rechte oder selbständig zu untersuchen und zu kategorisieren. Ebenso bezüglich der formellen (Schutz- und Durchsetzungs-) Rechte gegenüber den materiellen; der verschiedenen Personen, denen ein Recht (dem Genusse, der Disposition, der Ausübung, der Trägerschaft nach) zusteht; und anderes mehr. Ähnlich stünde es bezüglich der Pflichten, die ja als Korrelate der Rechte in gewissen Beziehungen mit diesen zugleich erledigt wären, in anderem als Determinationen dieser aufgefaßt werden könnten.

Wenn eine solche analytische Auseinanderlegung des gesamten Rechtsstoffes gelänge und wenn sie in einer Weise gelänge, daß die Möglichkeiten nicht allzubreit auseinanderquellen, mit einer gewissen Übersichtlichkeit darstellbar blieben, so ist wohl klar, was dadurch erreicht werden könnte. Alles mögliche und damit darinnen auch alles tatsächliche Recht wäre erschöpfend dargestellt. De lege lata — fürs positive Recht eines bestimmten Kreises würden ja natürlich eine Menge von Kategorien und Unterscheidungen wegfallen — wäre ein naturgemäßes System, eine übersichtliche Darstellungsmethode gewonnen, das alles Beherrschen, Merken und Nachschlagen der Sache erleichtern würde; alle Probleme würden ihren richtigen Platz angewiesen erhalten, schiefe Fragestellungen — bekanntlich die Quelle

der meisten Irrtümer —, begriffliche Verwirrungen und Verquickungen vermieden werden; alle möglichen Interpretationszweifel ließen sich im voraus theoretisch erwägen, was natürlich eine Denkersparnis für alle bedeutete, die Rechtsfragen zu entscheiden haben, da ihnen neben der sehr erleichterten Aufgabe der Subsumtion nur die Feststellung der Tatsachen bliebe und das Waltenlassen freien (pflichtgemäßen) Ermessens, wo solches in Betracht kommt; und eine Erhöhung der Rechtssicherheit, eine Arbeitersparnis für alle, die Rechtsgeschäfte schließen usw. De lege ferenda bedeutete es die Möglichkeit einer einfacheren und vor allem einer vollkommen präzisen, alle Zweifel ausschließenden Gesetzestechnik auf Grund der präzisen, von Wortunklarheiten und Sprachgefühlen unabhängigen Begriffsaufstellungen; bedeutete ein Sichtbarwerden aller Lücken und (derzeitigen) Unklarheiten; und — vielleicht das wichtigste — es wäre, indem es die Möglichkeiten aller Rechtssetzung klarlegt, Grundlage zur systematischen Erwägung der jeweils zweckmäßigen Normengebung.

Aber vielleicht gelingt es wirklich einmal, ein solches System aufzustellen, den alten Traum Leibnizens von einer vollständigen Tafel aller Begriffe wenigstens in einem beschränkteren Rahmen zu erfüllen.

Ein solches System aufzustellen, soll vielleicht in einem besonderen Werke versucht werden.

2. Teil.

Die rechtsgestaltenden Kräfte.

I. Soziologie und Psychologie der rechtsschaffenden Macht.

Wer oder was das Recht setzt und was seinen Inhalt bestimmt, diese Fragen können in verschiedenem Sinne gestellt werden. Der eine ist der juristische; er unterscheidet und beschreibt die Formen des Zustandekommens in Gewohnheit und Gesetz und weiterhin je nach positivem Verfassungsrecht des Kreises verschieden — z. B. durch übereinstimmenden Beschluß zweier Kammern, Sanktion des Monarchen, Gegenzeichnung eines Ministers, ordnungsmäßige Kundmachung usw. Die Rechtsphilosophie dagegen fragt, was dahinter steckt an „wahrer“ Macht und tatsächlichem Einfluß, warum dieser Weg eingehalten wird, warum die Kammern so zusammengesetzt sind, warum die so zusammengesetzten Kammern so votieren. Es führt mitunter zu verhängnisvollen Irrtümern und Mißverständnissen, wenn, was in alter und neuer Zeit nicht selten geschehen ist, diese beiden Fragestellungen nicht auseinandergehalten werden.

Von der philosophischen Lehre von den Quellen des Rechts sollen hier die Fragen nach dem soziologischen Entstehungs- und Bestimmungsgrunde der (im juristisch-formalen Sinn) rechtsschaffenden Macht und nach dem psychologischen Weg, auf dem andere gesellschaftliche Mächte durch realen Druck und durch „Ideen“ durch die Köpfe der Rechtssetzenden hindurch Einfluß auf die Rechtsschaffung gewinnen, und wie es endlich kommt, daß bei allem Zufall und aller Unvernunft, die hier am Werke ist, doch im großen und ganzen jeweils dasjenige resultiert, das den jeweiligen Bedürfnissen entspricht, diese Probleme sollen hier nur als Einleitung zu der Frage nach dem Inhalt dieser Rechtsideen besprochen werden.

Rechtsschaffende Macht im individuellen Sinn ist die Befugnis, das Potentialrecht in unserem Sinne, unmittelbar oder mittelbar Recht zu setzen, bzw. insoweit und wie diese besteht. Es besitzt sie in diesem Sinne der absolute Monarch, der Abgeordnete mittelbar und noch mittelbarer der Wähler. Es besitzt sie aber auch jeder, der durch private Verträge mächtig ist. Doch wird es zu manchen Zwecken angezeigt sein, von der Setzungsbefugnis solcher subordinierter Normen abzusehen. Der Inbegriff dieser Rechtssetzungsbefugnisse in ihrer funktionellen Abhängigkeit voneinander ist die rechtssetzende Macht im gesellschaftlichen Sinne.

Rechtsschaffende Macht gibt es nicht nur im Staat, sondern in jeder äußerlich-rechtlich organisierten, ja auch — unzweifelhaft bei der Bildung von Gewohnheitsrecht — in einer unorganisierten Gemeinschaft mit bloß gesellschaftlichen Zusammenhängen. Worin diese

letzteren sowie die gesellschaftliche Macht bestehen, und woraus sie entstehen, diesbezüglich ist auf die soziologische Literatur, insbesondere auf die Ausführungen Friedrich von Wiesers („Recht und Macht“ Leipzig 1910) zu verweisen, demgegenüber auch die folgenden Darlegungen nur eine Zusammenfassung und Andeutung abweichender Meinungen sein wollen. Es handelt sich hier nur um die Relation zwischen der rechtssetzenden und der gesellschaftlichen Macht (im weitesten Sinne), die im Gegensatz zur physischen Macht, die in der eigenen Körperkraft und Geschicklichkeit und den eigenen Waffen besteht, durch irgendwelche geistige Beziehungen vermittelt wirkt: durch die Sitte, geordnete gesellschaftliche Einrichtungen und Positionen im engeren Sinn, wirtschaftliche Macht, geistige Autorität und die Mittel der „öffentlichen Meinung“, Suggestier- und Überzeugungsfähigkeiten, technisches Können und Wissen, künstlerischer, religiöser Einfluß usw. Sie drückt sich nicht in Majoritätsvoten, sondern in einer Kräfte-resultante aus.

Vielfach hat man gesagt, die rechtssetzende Macht könne nur der Ausdruck der gesellschaftlichen sein; wenigstens dürfte auf die Dauer der Widerspruch nicht allzugroß sein, sonst breche sich die soziale Macht, wenn nicht auf dem Wege rechtens, auf dem der Gewalt Bahn. Das ist in dieser Formulierung nicht richtig. Es handelt sich vielmehr darum, daß die rechtsschaffende Macht, die sich ja formal in den Personen kaum jemals wirklich mit der gesellschaftlichen deckt, kein Recht setze, das den Tendenzen (Interessen und Meinungen) der gesellschaftlich Herrschenden allzusehr widerspreche: (insbesondere, daß sie in ihrer gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Position geschützt werden). Sonst wäre ja eine absolute Monarchie oder politische Rechtlosigkeit der Frau geradezu unverständlich.

Allerdings besteht mitunter — aber nur mitunter — der Wunsch der sozial Mächtigen, unmittelbar rechtsschaffend wirken zu können; allein das ist nur einer ihrer möglichen Wünsche bezüglich der Rechtsgestaltung. Dazu kommt noch, daß die rechtsschaffende Macht ihrerseits doch auch eine gesellschaftliche Machtposition darstellt, da ja der Gesetzgebungsapparat zunächst wenigstens in ihrer Hand liegt. Selbst wenn wir von der an sich möglichen kartenhausartigen Konstruktion einer Verfassung ganz absehen wollen, mit der beinahe alle unzufrieden sind, die sich aber erhält, weil einer dem andern mißtraut, und davon absehen, daß sich durch die Maxime „divide et impera“ gar manches recht lange halten ließ und läßt, so gibt es doch auch ganz gerechtfertigte Abweichungen der rechtsschaffenden Macht von der sonstigen sozialen (insbesondere wirtschaftlichen) als Korrektiv dieser. Allerdings darf der Bogen nicht zu straff gespannt werden, sonst bricht sich die gesellschaftliche Macht revolutionär Bahn. Man hat in diesem Sinne von einem „sozialen (konstitutionellen) Königtum“ als Schutz der Schwachen und der Minoritäten gesprochen und hierin liegt ja auch eine der Funktionen des allgemeinen Wahlrechts. Es kommen hier (tatsächlich psychologisch wie auch normativ) die zu besprechenden Rechtsideen, insbesondere die Billigkeit in Betracht. Und es waren gar manche Verfassungen Mittel im Dienste irgendwelcher lebensnotwendigen Zwecke, straffste Zusammenfassung für den Krieg oder im Interesse eines Fortschrittes in staatlicher Zusammenfassung oder Wirtschaft usw. Schließlich ist es mitunter in-

sofern schief, rechtsschaffende und gesellschaftliche Macht gegenüberzustellen, als es ja häufig infolge des Kampfes, der innerhalb der letzteren herrscht, gerade z. B. gegen die religiös oder besonders gegen die wirtschaftlich Mächtigen durch andere Gruppen auf revolutionären oder anderem Wege, Rechtsmacht errungen wird.

In Sachen der Frage, welche Momente es sind, die den Inhalt des Rechts bestimmen, das die Rechtsschaffenden setzen, ist zunächst der Einflüsse zu gedenken, die auf die Rechtsschaffenden ausgeübt werden ohne ihnen als solche zum Bewußtsein zu kommen. Der Rechtssetzende ist als Person bis zu einem gewissen Grade Produkt des Milieus, fühlt als Glied der Gesellschaft ihre Bedürfnisse selbst und fühlt, wo dies nicht der Fall ist, leicht ein und mit, weil er ja nahe verwandt ist und mitlebt, wozu noch kommt, daß er meist fürs Volk, fürs allgemeine Wohl arbeitet.*) Er unterliegt ferner autoritären Suggestionen, insbesondere der der öffentlichen Meinung. Bezüglich der Tatsache der sozialen Führung überhaupt und der Auswahl der Führer sei auf Wieser a. a. O. verwiesen, eine Erscheinung die dadurch, daß die Führer meist — wenn auch keineswegs immer — die Gescheiterten sind, auch wenigstens teilweise die Wirkung der Tatsache paralyisiert, daß Verstand stets bei Wenigen nur gewesen ist und die Masse auch sicher nicht die Fähigkeit hat, zwischen verschiedenen Vorschlägen auf rein intellektualen Wege richtig zu wählen, vielmehr, wie oft beobachtet, an sich falschen Argumenten und Schlagworten folgt. Dazu kommt als eine zweite Tatsache der Massenpsychologie in Betracht, daß bei dem einzelnen in der Masse infolge der „Rückendeckung“ die er spürt und weil er tut, was „man“ tut, eine Reihe von Hemmungen wegfallen, die Masse infolge dessen insbesondere grausamer ist als die einzelnen; und Recht wird ja größtenteils in größeren Versammlungen geschaffen. Bewußte Beeinflussungen durch andere Mächte sind erstens Druck mit äußeren Mitteln: direkte oder indirekte Bestechung, Drohungen, insbesondere mit wirtschaftlicher oder mit Waffengewalt, Zwang: mildere Pressionen verschiedenster Art. So werden oft auch Dinge, die von den Rechtssetzenden als unvernünftig erkannt werden, infolge von Agitation und Furcht davor dennoch eingeführt. Zweitens die Rechtsideen.

Unter den (bewußten) Motiven der Rechtsschaffenden, die natürlich nicht mit Sinn und Zwecken oder gar Wirkungen des Gesetzes selbst verwechselt werden dürfen, vielmehr oft recht „äußerlicher“ Natur sind, müssen egoistische von nicht egoistischen unterschieden werden. Nicht zwar, als ob diese Unterscheidung hier an sich fruchtbar wäre. Ganz im Gegenteil kann ja das objektiv und in seiner Wertrelation zum setzenden Subjekt gleiche Motiv je nach Charakter und Intellekt bald egoistisch bald indifferent oder altruistisch sein. Sondern des-

*) Hierher gehört auch der „Nationalcharakter“. Der Rechtssetzende ist Mitglied der Nation und unterliegt dem Einfluß. Allein wohl das allerwenigste im Recht ist wirklich „Produkt des Nationalcharakters“. Die meisten zeitlich-örtlichen Verschiedenheiten im Recht — denn weil viele Zwecke mit ihren Rechtsideen relativ gleichbleibend sind, ist dies auch viel vom Rechtsinhalt — erklären sich aus Verschiedenheiten der (zielnötwendigen) Funktion und der zur Verfügung stehenden Technik. Und der Irrtum (sowie auch heute noch die Unterschätzung dieser Verschiedenheiten) kam daher, daß sich die Aufmerksamkeit am meisten aufs Auffällige, also Verschiedenartige und insbesondere anderweitig nicht Erklärbare, lenkte.

halb, weil es darauf ankommt, gegenüber den einseitigen Theoretikern der einen wie der anderen Richtung zu betonen, daß beides tatsächlich vorkommt. Keineswegs ist immer das Recht ein „Zwangsversuch zum Richtigen“, ist immer das Bestreben vorhanden (wenn auch mitunter falsch erkanntes) bestes Recht zu setzen; man kann auch bewußt das Böse wollen, bewußt egoistische Gesetze auch im engsten persönlichen Interesse schaffen und dies durch Sophistik vor anderen oder auch halbbewußt vor sich selbst, vielleicht aber auch gar nicht verhüllen. Kraß egoistische Gesetze sind heute im Privatrecht zwar selten. Anders aber im öffentlichen Recht: Im Interesse des Landes, der Nation, weniger in dem von Beruf und Klasse, nicht so sehr mehr der Konfession, mitunter aber ganz unmittelbar und offen in dem der Partei (Wahlkreisgeometrie). Und hier gilt das vielfach geradezu als Tugend. Allerdings ist rechtschaffende Macht als solche, d. h., die Macht, Recht zu schaffen für die Minorität oder die politisch Rechtlosen, wegen des breiteren öffentlichen Interesses an der Sache und erhöhten Verantwortlichkeitsgefühles, lange nicht so gefährlich, wie rechtschaffende als soziologische, z. B. Beeinflussung der Verwaltung in einzelnen Akten, Stellenbesetzung, Vergebung öffentlicher Aufträge, Verwendung der Staatsgelder etc. Im übrigen ist auch die Vielheit der Staaten und damit ihre Konkurrenz eine der wichtigsten Schranken der „Omnipotenz“ des Staates gegenüber dem Individuum. Eben deshalb wäre auch die Organisation von Kommunismus oder Sozialismus wohl nur in einem weltumfassenden Staate durchführbar.

Auf der anderen Seite handelt es sich hier nicht darum, gegen die materialistische Geschichtsauffassung zu polemisieren: diese ist dann und nur dann widerlegt, wenn es zu zeigen gelingt, daß es Rechtsideen gibt, die ohne ökonomischen „Unterbau“ wirksam sind oder waren. Vielmehr gegen jene, die behaupten, daß es nur klassenegoistische und bestenfalls indifferente Motive der Rechtsetzung gebe. Dagegen ist anzuführen, daß z. B. manchmal politische Körper eine Verfassungsänderung beschließen, bei der mitwirkende Parteien bewußterweise ihr eigenes Grab graben, nicht etwa gedrängt durch irgend eine außerpolitische, z. B. wirtschaftliche oder militärische Macht oder aus Furcht vor Rebellion der Unterdrückten, sondern nur aus Gerechtigkeitsgefühl. Es wäre dann nicht einzusehen, weshalb nicht jeder Absolutismus zu einer exzessiven Despotie würde, so weit es eben geht. So ist das weibliche Geschlecht in manchen Staaten zwar noch immer in einigen Punkten zurückgesetzt; aber es steht das doch in keinem Verhältnis zu seiner vollständigen formal-politischen Machtlosigkeit. Und diejenigen Frauen, die dort das Frauenwahlrecht herbeizuführen wünschen, können es auch nicht anders hoffen, als indem sie in den Köpfen der politisch bedeutsamen Männer die Überzeugung herbeizuführen suchen, daß dieses Frauenwahlrecht gerecht ist; im wesentlichen wenigstens, abgesehen von kleinen Pressionen, die aber nur als Veranlassung oder Beschleunigung wirken können. Wann und warum dergleichen gerecht erscheint und wann nicht, ist nicht hier zu untersuchen.

Momente, die auf den Rechtsinhalt Einfluß üben, sind schließlich solche technischer Natur. Es sind dies vor allem Schwierigkeiten gesetzgeberischer Technik, der Formulierung und des sonstigen Ausdrucks der Absicht, vor allem aber Durchführungsschwierigkeiten, um

derentwillen man zu allerhand Kompromissen und Surrogaten, wie Verdachtsstrafen und dergl. seine Zuflucht nahm und nimmt. In dieser Beziehung wirken diese Schwierigkeiten der Absicht gegenüber vorzugsweise retardierend. Bloß retardierend wirken die formalen Hemmungen der Rechtssetzung, die ja selbst bei normalem Gang der Gesetzgebung geschweige denn bei irgendwie behindertem, recht bedeutend zu sein pflegen; wie rasch und leicht sich neues Gewohnheitsrecht bilden kann, ist dagegen eine Frage des Wissens und Wollens. Retardierend wirken natürlich auch die psychologischen Tatsachen der geistigen Trägheit, Tradition, Gewöhnung und Denkgewohnheit; und auch das Rechtsgefühl steht unter der Einwirkung des geltenden Rechts. Dazu kommt noch, daß man es hier nicht nur mit der Gewohnheit der Individuen, sondern mit der erhöhten Trägheit der gesellschaftlichen Überzeugung zu tun hat. Denn hier ist jeder mit allen hin und zurück verbunden, es sieht jeder, was „man“ tut, was der Nebenmann denkt und dieser sieht wieder zurück usw., bis endlich der Eine kommt und den notwendigen ersten Schritt nach vorwärts tut, und auch dann folgt man ihm noch zögernd. Es ist dies in den Äußerlichkeiten der Lebensführung bei den Geboten der Sitte sicher noch stärker wirksam; aber auch im Recht ist es zu bemerken. Es kommt hier insbesondere auch in Betracht, daß man selbst dann, wenn man die Überzeugung gewonnen hat, irgend eine neue Normierung wäre zwar „gerecht“, doch der Sache nicht recht traut und sich unbestimmt vor praktischen Folgen der Neueinführung fürchtet. Natürlich ist diese tatsächliche Trägheit und bloß schrittweise Entwicklung, die in konservativen Programmen und Begründungen mitunter als Rechtfertigungsgrund verwendet wird, in Wahrheit kein solcher; wenn man rascher vorwärts gehen kann, dann ist dieses Argument hinfällig.

Bei all dem scheint eines sehr merkwürdig: Nicht der Weiseste ist es meist, der zur Rechtssetzung gelangt; Zufälle der Geburt oder sonstigen Glückes, bestenfalls gewisse Führerqualitäten, aber nicht wahre Einsicht sind hierfür bestimmend; sehr zufällig sind den Bedürfnissen gegenüber seine Motive; falsch sind meist, wie besonders Fritz Berolzheimer richtig ausgeführt hat, die im Volksbewußtsein und im Einzelbewußtsein wirkenden treibenden Ideen; gar manches gilt heute nur, weils gestern hat gegolten und Technik, Tradition und Gewohnheit üben auch auf Neubildungen einen oft verhängnisvollen Einfluß aus; und doch ist es richtig zu sagen, daß im großen und ganzen — und auf die Dauer, wenn auch mit manchen Schwankungen und vielen Irrungen im einzelnen — das jeweilige Recht den jeweiligen wahren Bedürfnissen entspricht. Der Schlüssel zur Erklärung dieser Erscheinung liegt bei den Rechtsideen. Denn wer auch herrsche, er kann sich ihrem Einfluß auf die Dauer nicht entziehen und die retardierenden Hemmnisse müssen schließlich fallen. Öfters wurde dem Gedanken Ausdruck gegeben (z. B. von Friedrich Jodl in der Vorrede zur ersten Auflage seiner „Geschichte der Ethik“), daß die einzelnen ethischen Systeme der Zeit zwar an sich falsch waren, aber dem jeweiligen Bedürfnis entsprachen, in Wechselwirkung von ihm hervorgebracht waren und ihm zum Durchbruch verhalfen; nicht anders steht es in der Ästhetik. Ähnliches gilt auch hier, ja ist vielleicht in der Geschichte der Rechtsphilosophie am allerdeutlichsten: Die Rechtsideen mögen falsch sein, aber sie wirken jeweils zum jeweils richtigen

Recht. Rudolf Stammeler hat dabei einen Weg der Selbstregulierung beschrieben: Wenn ein geltendes Gesetz üble soziale Wirkungen hat (z. B. ein zu mildes Strafgesetz viel Verbrechen bewirke), so motiviert das (als soziales Unlustgefühl) den Willen nach Abänderung, nach einem neuen Gesetz. Auch auf den Inhalt dieses neuen Gesetzes würde dies ja einen Einfluß in bestimmter Richtung üben; und es ist vielleicht wirklich nirgends so sehr das Erträgliche der Feind des Besseren als in der Rechtssetzung. Aber immerhin gibt es auch andere Motive fürs Bedürfnis nach neuen Gesetzen und Momente zur Bestimmung ihres Inhalts als schlechtwirkende alte; so z. B. neue Lebensbedingungen, erhöhte und verfeinerte Ansprüche und die Erkenntnis der Möglichkeit des Besseren; und es gibt andere Durchsetzungswege. Ganz allgemein gesprochen ist auch hier das Gesetz der Zielnotwendigkeit wirksam, das ich in meiner „Philosophischen Kunstwissenschaft“, Seite 271 ff., entwickelt habe. Es besagt, daß aus dem Vorhandensein einer „tieferen“ Ursache allein auf den *n o t w e n d i g e n* Eintritt des Ereignisses geschlossen werden kann, weil diese „tieferen“ Ursache meist selbst Teilursache der Veranlassung, oft alleinige relevante Ursache ist, da die anderen Teilursachen konstante oder periodisch eintretende Bedingungen sind, weil dort, wo es an einer anderweitig hervorgebrachten Veranlassung fehlt, die „tieferen“ Ursache selbst eine hervorbringt, die ihrerseits im Zusammenhalt mit der „Ursache“ das Ereignis kausiert. Solche Zielnotwendigkeit wirkt mechanistisch, ohne daß das Ziel, die eigentliche „Ursache“ bewußt wäre.

II. Die Rechtsideen.

1. Allgemeines.

Rechtsideen sind Wunschesziele oder Normen, nicht zwar so sehr vom Verstande aufgestellt als von einem gewissen „Gefühl“ und auch in ihrem Inhalt meist nur intuitiv, nicht in klaren Begriffen bewußt, wohl aber in solche umsetzbar. Es sind — bezw. ihr jeweiliges Resultat, die herrschenden Rechtsideale — Maßstäbe, die man an gegenwärtiges (und auch vergangenes) Recht anlegt, Wünsche bezüglich des zukünftigen; und es ist im Sinne der Lust, wenn ihnen genügt wird, wenn das Recht ihnen entspricht, was meist in mehr oder minder hohen Graden möglich ist. Es sind psychologisch-deskriptiv nicht weiter zurückführbare Prinzipien; wohl aber — wenigstens in aller Regel — sind sie dies vom Standpunkt des Vernünftigen, Sein-Sollenden; und auch in Beziehung auf ihre (unbewußte) Entstehung aus den jeweiligen Bedürfnissen kraft Zielnotwendigkeit. Und die jeweilig vorherrschenden Rechtsideen im einzelnen und das jeweilige Rechtsideal treten nur meist mit dem Anspruch auf absolute unbedingte, immerwährende Gültigkeit auf, was gegenüber bloß relativistischer Darstellung eine tatsächlich stärkere Wirksamkeit bedeutet und daher — von den Punkten, wo sie im besonderen unzweckmäßig sind, abgesehen — im allgemeinen heilsam ist. Sie sind hier nicht normativ zu behandeln, auch nicht rein-logisch (deduktiv) zu gruppieren; das tut der dritte Teil. Und es gibt ja, wenn auch recht wenig, falsche — insbesondere in der speziellen Anwendung falsche — Rechtsideen. Vielmehr sind sie hier so darzustellen, wie sie tatsächlich — wenn auch nicht als solche, ihrem begrifflichen Inhalt nach bewußt, sondern meist nur als Name mit einem bestimmten daran-geknüpften Gefühl — wirken.

Der möglichen Rechtsideen gibt es demgemäß viele. Es soll hier nur eine Auswahl wichtigerer besprochen werden. Dabei ist zu beachten, daß dieselben Rechtsinstitute, wie sie gleichzeitig oder nacheinander verschiedenen Lebenszwecken dienen, gleichzeitig oder nacheinander auch verschiedene Rechtsideen befriedigen können. In anderen Fällen bilden diese freilich auch vielfach Antinomien, deren Lösungen verschieden sind: bald durch ein Kompromiß, bald gilt für bestimmte Zeiten und Orte (insbesondere Entwicklungsstufen) oder für einzelne inhaltlich unterschiedene Normenkomplexe die eine, für andere die andere.

Denn die einzelnen Rechtsideen sind, wenn sie auch im einzelnen Individuum wirken, doch mehr oder minder intersubjektive Tatsachen und intersubjektiv sind die Folgerungen, die richtigerweise aus ihnen zu ziehen sind und meist auch gezogen werden. Aber ihr Zusammenwirken, welche von ihnen bei Antinomien vorgezogen wird, ist allerdings zunächst individuell, individuell das daraus resultierende Rechtsideal. Allein dieses (und auch der Inhalt der Rechtsideen dort, wo

er, wie zu besprechen sein wird, doch Schwankungen unterliegt) ist für einen zeitlich-örtlich (eventuell auch gesellschaftlich-klassenmäßig) determinierten Kreis ähnlich gestaltet. Denn — nebst bewußter Zweckmäßigkeit und unbewußter Zielnotwendigkeit — sind die Voraussetzungen ähnlich. Dies betrifft geltendes Recht, bestehende Bedürfnisse und Verhältnisse, sonstige herrschende Ideen und psychische Organisation; und es findet schließlich auch gegenseitige Beeinflussung unter Miteinanderlebenden statt. Deshalb kann man vom Rechtsideal einer bestimmten Zeit sprechen. Daß sich dieses nicht immer sogleich zur Rechtsbildung durchringen kann, kommt daher, daß es ja nur eine, wenn auch auf die Dauer wichtigste, unter den rechtssetzenden Kräften ist, insbesondere kontroverse Rechtsideale anderer vorhanden sein können oder technische oder retardierende Momente hindernd wirken.

2. Gerechtigkeit und Billigkeit.

Der Sprachgebrauch verwendet das Wort „gerecht“ in mehrfachem Sinne. Mitunter in einem allgemeinen Sinne synonym mit „richtigem Recht“; mitunter (z. B. in dem Satze, der Richter solle „gerecht“ richten) bedeutet es die Forderung nach unparteiischer sachlicher Anwendung des geltenden Rechts (ohne Rücksicht darauf, ob dieses seinerseits inhaltlich gerecht ist). Doch ist dieses formelle Gerechtigkeitsprinzip letzten Endes nur ein Spezialfall, eine Folgerung aus demjenigen, das Gegenstand der folgenden Untersuchungen sein soll. Seit alten Zeiten ein Zentralproblem der Rechtsphilosophie, ist in alten wie in neueren seine Existenz mitunter geleugnet worden. Und doch ist keine andere Rechtsidee nicht nur so oft angewendet, sondern auch inhaltlich im gemeinen Bewußtsein so lebendig wie die Gerechtigkeit. Und sie ist auch keineswegs so vage oder schwankend, als man vielleicht meinen könnte. Allerdings scheinen mir die Begriffsbestimmungen der Gerechtigkeit als Gleichheit, Gleichwertigkeit, richtiges Verhältnis einerseits nur Folgesätze des primären Prinzips hervorzuheben, andererseits die auf Aristoteles zurückgehende Theorienfamilie unter den Begriff der distributiven Gerechtigkeit gar manches zu subsumieren, was von diesem Standpunkt aus unerklärlich ist, vielmehr anderen Rechtsideen folgt. Auf der anderen Seite sind manche gänzlich leere Sätze aufgestellt worden. So von Nietzsche und Lasson, wenn sie sagen, daß Gleiches gleich, Ungleiches ungleich, und zwar nach Verhältnis der Ungleichheit behandelt werden solle. Um absolut Gleiches kann es sich nicht handeln — das gibt es ja gar nicht — vielmehr nur um die Gleichheit in gewissen Beziehungen. Welches aber diese Beziehungen sind, die eine gleiche Behandlung hervorrufen sollen, beantwortet das positive Recht und zwar sehr verschieden (z. B. Gleichheit vor dem Gesetz — Privileg von Adeligen etc.). Die Formel ist also jeden speziell rechtsphilosophischen Inhalts bar, nichts als eine besondere Formulierung des Fundamentalaxioms der Logik, des Satzes vom Widerspruch und drückt, so verstanden, kein Postulat aus — und das Gerechtigkeitsideal ist ein Postulat — sondern ein Naturgesetz, dem unmöglich zuwidergehandelt werden kann: Wenn man zwei Fälle für ganz gleich hält, so behandelt man sie notwendig gleich. (Wenn ich in einem sonst gleichen Falle einen Freund vor einem Fremden begünstige, so tue ich es, weil diese Fälle eben für mich nicht gleich liegen.) Versteht man aber die Sache anders, so bedeutet der Satz unsere „Gleichheit vor dem Gesetz“; dies war aber weder das Gerechtigkeitsideal aller Zeiten, noch erschöpft es unser heutiges, selbst wenn man es hier subsumieren wollte.

Die Gerechtigkeit bedeutet allerdings das alte einfache *sum cuique*. Nur liegt die Schwierigkeit darin, zu bestimmen, was das „Seinige“ ist. Denn wenn man etwa — im Sinne auch vieler anderer — mit Kant sagt: „das rechtlich Meinige (*meum iuris*) ist dasjenige, womit ich so verbunden bin, daß der Gebrauch, den ein anderer ohne meine Einwilligung von ihm machen möchte, mich lädieren würde“, so ist das ein Zirkel, weil „Lädieren“ heißt „in meinem Rechte verletzen“; und im übrigen viel zu weit, denn der Satz „*qui suo iure utitur, neminem laedit*“ ist an sich nicht richtig.

Gerecht ist vielmehr diejenige Ordnung, bei der dasjenige mit der Person verbunden bleiben, ihr zugute kommen soll und umgekehrt, was aus ihr hervorgegangen ist. Die Formulierung scheint vielleicht etwas vage, aber sie muß es sein, um alle Fälle zu umfassen, die darunter subsumiert werden und insbesondere, um den starken Veränderungen im einzelnen zu genügen, die dieser Begriff im Laufe der Zeiten (vielleicht genauer: der kulturellen Entwicklung) durchgemacht hat und durchmacht, ohne darum seine in der obigen Formulierung ausgedrückte und durch eine kontinuierliche Entwicklung und Bewußtsein des Zusammenhangs hergestellte Wesenseinheit einzubüßen. So wurde ehemals nicht dem einzelnen, sondern (straf- und privatrechtlich) der Sippe zugerechnet, und noch heute mitunter ganzen „Völkern“, was einzelne verbrachten. So entsprechen (und entsprangen?) die conditiones des römischen Rechts auch einer dem vorhergehenden Zustand gegenüber veränderten Auffassung, wem (ob der Person schlechthin oder nur Gewolltes) zuzurechnen ist. So wich im allgemeinen — wenn auch nicht überall — die Veranlassungs- der Verschuldenshaftung; und insbesondere im Strafrecht nicht aus bloßer Zweckmäßigkeit, etwa nur deshalb, weil ehemals Beweisschwierigkeiten die Veranlassungshaftung nötig gemacht, was ja sicherlich richtig, aber nicht allein maßgebend gewesen sein kann, denn auch wo offensichtlich kein Verschulden vorlag, bei der Waffe, die vom Nagel fiel, wurde ursprünglich gestraft, was auf ein so gestaltetes Gerechtigkeitsgefühl deutet, das freilich generell zweckmäßig war; und als man das Verschulden zu berücksichtigen begann, blieb doch manches andere noch unzweckmäßiger. Gewiß aber geschah diese Wandlung nicht aus bloßem Bewußtsein der Zweckmäßigkeit, sondern aus einer Entwicklung, Veränderung, Korrektur des Gerechtigkeitsgefühls, wenn auch dieses seinerseits durch die veränderte Zweckmäßigkeit zielnotwendig in seinem Inhalt bestimmt worden sein dürfte.

Um diese Verschiebungen ganz zu verstehen, ist es nötig, den der Gerechtigkeit entgegengesetzten Begriff der Billigkeit zu entwickeln. Billig ist eine Ordnung, die einem jeden das gibt, dessen er bedarf und abwägt nach der Größe der konkurrierenden Bedürfnisse. So kann man — um derzeit Praktisches zu erwähnen — im Namen der (heutigen) Gerechtigkeit in der Sozialpolitik den wirtschaftlich Schwächeren durch soziale Rechtsgestaltung schützen gegen Ausbeutung seitens kapitalskräftiger Übermacht (es ist bezeichnend, das z. B. Berolzheimer dies allein für „berechtigt“ hält); im Namen der Billigkeit darüber hinaus den Schwachen stützen und den Starken drücken. So hat unsere Beamtenentlohnung einen starken Einschlag seitens der Billigkeit; nicht zwar im ganzen, denn hier richtet sich die Sache doch nach den „Marktverhältnissen“, da man ja auf freiwilligen Eintritt angewiesen ist, und wenn auch der Gehalt bloß „standesgemäßem Lebensunterhalt“ dient, so liegt das Äquivalent eben mit in den sonstigen Vorteilen; wohl aber im einzelnen, wie z. B. die Annuitätszulagen: man leistet zwar meist weniger — Arbeiter bekommen ja auch im Alter in der Regel geringeren Lohn —, aber man braucht mehr.

Die Gerechtigkeit ist das, unsere heutige Rechtsgestaltung allgemein beherrschende Prinzip, die Billigkeit dagegen das, was dem heute vorherrschenden Gefühl nach „eigentlich“ gelten sollte, aber utopisch erscheint und als allgemeine Regel auch wirklich utopisch

ist; wohl aber sich in Einzelfällen durchsetzt. Und im Laufe der Zeiten immer mehr durchsetzt.

Es ist sonst üblich — auch hierin ist Aristoteles vorangegangen — billig eine ergänzende ausnahmsweise Berichtigung des gesetzlichen Rechts durch Rücksichtnahme aufs Individuelle zu nennen. Das trifft dieselben tatsächlichen Anwendungsfälle wie unsere Erklärung. Allein es ist nicht unwichtig hervorzuheben, daß das Billige, wenn auch in der heutigen Anwendung ein Ausnahmsweises, doch inhaltlich nicht in regellosen Ausnahmen besteht, sondern ein Prinzip ist, ein Prinzip, das denkbarerweise auch als durchgreifende Regel anwendbar wäre.

In der Steuerlehre der Finanzwissenschaft kann man die Wandlung dessen, was man für richtig hält, deutlich sehen. Was (aus Gründen des Herkommens und weil „gerecht“ im weitesten Sinn) als Steuergerechtigkeit bezeichnet wird (progressive Einkommensteuer), heißt sonst Billigkeit, und gerecht im gewöhnlichen Sinne wäre (nach dem Prinzip der Entgeltlichkeit) eine Kopfsteuer, was ja auch ehemals der Fall war. Höchstens d a n e b e n wäre noch eine proportionale Einkommensteuer gerecht, weil die Staatseinrichtungen nicht nur den Individuen als solchen zugute kommen, sondern auch ihre Vermögen und Einkünfte und in diesem Fall höhere schützen; d. i. allgemein die Verteilung der Steuern nach dem Nutzen, den der betreffende vom Staat hat; und nur dies rechtfertigen noch die Steuerprinzipien von Adam Smith.

Im übrigen braucht diese Entwicklungstendenz kein Zeichen eines beginnenden Umschwungs des Inhalts zu sein, daß die Billigkeit zum allgemeinen Prinzip würde; sondern es erscheint hier, in diesen Spezialfällen die Durchführung des Billigen möglich und ungefährlich, „billig“ im Doppelsinn. Vielleicht allerdings wird einmal das allgemeine, was heute billig, aber undurchführbar erscheint und vielleicht — es würde das allerdings der bisherigen Entwicklung widersprechen — erlebt man dann die Ironie, daß das billig (d. i. entferntes utopisches Wunschesziel) wird, was heute gerecht ist: „Der eine muß sich derart plagen, und bekommt vielleicht weniger als der andere“. Es kommt darauf an, ob die Leute dann der Meinung sein werden, daß der, der nichts tut, nichts „dafür kann“. —

Die Entwicklung, die wir in Sachen der Gerechtigkeitsbegriffe wahrnehmen, wird von der Beziehung unterstützt, in der die gerechte Ordnung zum Natürlichen steht. Sie läßt — im Gegensatz zur Billigkeit — die Werte im allgemeinen dort, wo sie auch ohne Rechtsordnung wären. Nur mit e i n e r prinzipiell-wesentlichen Änderung: im Verkehr der Individuen gilt das Willensprinzip, das die Ausschließung physischen Zwanges der Individuen untereinander (eine F r i e d e n s o r d n u n g) und die (alleinige) Anerkennung der freiwilligen Selbstbindung, der Verpflichtungsfähigkeit (*pacta sunt servanda*) meist verbunden mit Zwangsdurchsetzung dieses (eventuell durch anerkannte Selbsthilfe (Fehde) in sich schließt. Und alles Strafen und aller Schadenersatz etc. ist nur eine Konsequenz, ein Mittel zur Wiederbehebung (und Prävention) von Störungen, die von Menschen ohne solche Übereinkunft geschehen sind. So gelangt die Idee des Gerechten und die Rechtsordnung ihr nach zu immer künstlicheren und verfeinerteren Bildungen innerhalb des Gerechtigkeitsprinzips. Es wäre dabei in der Tat an sich möglich, aus dem Gerechtigkeitsbegriff

allein eine Rechtsordnung abzuleiten, wie es ja das alte Naturrecht war, soweit nicht besondere Wünsche der Zeit hereinspielten, (unbewußte) Zweckmäßigkeiten, Denkgewohnheiten und Beeinflussungen durchs römische Recht; das tatsächliche Recht aber nimmt selbstverständlich aus Gründen der allgemeinen Wohlfahrt, spezieller Zweckmäßigkeit und anderer Rechtsideen auch auf anderes Rücksicht.

Die dargelegte Beziehung des Gerechten zum Natürlichen und zur Macht, sowie zum Zweck erklärt wohl auch (wenigstens teilweise) seine Entstehung. Denn die für die Entstehung des Rechtsgefühls wohl richtige Erklärung Ludwig Kuhlenbecks (im „Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie“ 1. Band) ist hier nicht anwendbar; vielmehr setzt auch dieses das Gerechtigkeitsgefühl bereits voraus. Später allerdings lenken auch hier einzelne Ungerechtigkeiten die Aufmerksamkeit auf diese Punkte, veranlassen die Anwendung der Gerechtigkeitsidee an dieser Stelle, eventuell auch deren Modifikation, also Fortbildung. Das Gefühl des Gerechten als solches ist aber auch hier Voraussetzung.

Es verhält sich vielleicht mit dem Entstehen des Gefühls des Gerechten und der Gerechtigkeit in der Welt ähnlich wie mit dem Glauben an die zweckmäßige Welteinrichtung. Wenn es den Anschein hat, als wäre die Welt im großen und ganzen für den Menschen zweckmäßig geschaffen, so liegt das in Wahrheit doch umgekehrt: Die ganze Entwicklung des Organischen und des Menschen ist nichts als eine Anpassung an die gegebenen Lebensverhältnisse. Begreiflich genug, daß Mensch und Umwelt teleologisch im großen zusammenkommen und daß es den Anschein hat, als wäre die Welt nach den Zwecken der Menschen eingerichtet. So mag auch das Gefühl des Gerechten seinem psychologischen Ursprunge nach nichts sein als eine Anpassung menschlichen Denkens und Fühlens an die naturgesetzlich gegebene Ordnung der Dinge, mit der man sich notwendig abfinden mußte. Und auf daß diese Ordnung umso fester bestehe, entstand das Gefühl, sie solle bestehen, sie sei auch Wunschesziel, sie sei Ideal. Was mit einer Person verbunden war, das blieb natürlicherweise auch ohne und vor jeder Rechtsordnung in der Regel bei dieser Person. Und als dann eine Friedensordnung geschaffen wurde, da mag der bisher natürliche Zustand, der nun geschützt wurde, alsbald als herkömmliche Ordnung empfunden worden sein und es ist wohl verständlich, daß das Gefühl entstand, dem solle so sein, zumal ja, wenn die Individuen so dachten und fühlten, dies auch das für die Gemeinschaft zweckmäßigste Verhalten war, weil in einer solchen Gemeinschaft dann (fast von selbst) innerlich Ordnung herrschte und dies sie nach außen förderte.

Da scheint nun aber für eine solche reflektierende Betrachtung das Ideal selbst sich zu verflüchtigen, zwischen den Fingern zu zerfließen. Wenn die Gerechtigkeitsidee so profanen Ursprungs ist, nur sozusagen ein ideologischer Nebelschleier um die nackte Tatsache der Macht gewoben, wie könnte sie dann ein hohes Wunschesziel sein, wie könnte die ethische Norm sie umschließen? Hier gilt es, ein Vorurteil zu besiegen: Naturgesetze können von Menschen nicht geändert werden; die Ordnung der Welt besteht; es gilt nur, sich innerhalb der Schranken der Naturgesetze, innerhalb der gegebenen Ordnung der Welt wohnlich einzurichten; und zwar dies mit den

naturgesetzlich gegebenen Mitteln. Die Erdschwere, die also der Gerechtigkeit ihrem Ursprung nach eben so anhaftet wie allem anderen, was durch Menschen und für Menschen besteht, ist bedeutungslos für die Frage, ob und warum Gerechtigkeit gelten soll.

Was die Rechtfertigung der Gerechtigkeitsidee vom Standpunkt des Sein-Sollenden betrifft, so ist dergleichen meist nicht versucht worden. Es hat im Gegenteil Berolzheimer behauptet, ein erklärendes Moment stecke zwar dahinter, aber es sei unwißbar, Gerechtigkeit als Äquivalenz sei ein „erkenntniskritischer Ursatz“, unbeweisbar, aber dränge sich dem Betrachter des Rechts intuitiv auf und komme gefühlsmäßig zum Ausdruck. Dies ist, wie auch hier betont wurde, psychologisch-deskriptiv vollkommen richtig. Aber normativ steht die Sache doch nicht ganz so schlimm; dies schon deshalb nicht, weil ja die Äquivalenz selbst nur ein Teil unserer Gerechtigkeitsidee, auf diese zurückführbar ist. Und wohl auch (zielnotwendig) genetisch, sicher vom Standpunkt des Sein-Sollenden steht hinter dieser im allgemeinen das sozial Zweckmäßige.

Die Gerechtigkeitsordnung ist diejenige Ordnung, die am wenigsten Widerstände zu überwinden hatte, weil sie gewissermaßen den ungeordneten natürlichen Zustand oder einen ihm sehr nahestehenden zur Ordnung erhob, aber doch eine Friedensordnung, damit unter Vermeidung des wertezerstörenden Kampfes ruhig möglichst viel produziert werde. Denn sie ist gleichzeitig die Ordnung, die den Erwerb am besten fördert, weil sie dem Erwerber das Erworbene beläßt und ihn im Haben und Genießen schützt; weil dadurch, daß sie den Untätigen mit Entbehrungen, schließlich mit Untergang bedroht, zum Produzieren und Sparen anregt; schließlich weil sie vielleicht auch durch wirklichen Untergang des „Unnützen“ eine Selektion herbeiführt, freilich eine „künstliche“, da sie von anderen Bedingungen abhängt als die biologische, aber doch wie diese, teleologisch betrachtet, für die hier vorwaltenden Zwecke eben eine Förderung. Und heute ist, da noch zu wenig Kapital gesammelt wurde, harte Arbeit und dazu der Erwerbs- und individuelle Spartrieb nötig. Durch die dann tatsächlich resultierende ungleiche Verteilung ermöglicht man es einzelnen Individuen, der Not entrückt, Kulturwerte zu schaffen, die im ganzen für die Gesellschaft doch noch viel wertvoller sind, als das, was die Gesellschaft ihnen dafür konzediert; und das ließe sich nicht so leicht auf anderem Wege erreichen. Und anderes mehr dafür und manche praktische Gründe auch dagegen, Dinge, die ja genügend oft erörtert worden sind. Schließlich spricht für die Gerechtigkeit auch das später zu erörternde psychologische Gesetz der relativen Glücksförderung (als Prinzip einer Billigkeitserwägung entspringend); allerdings nur dann, wenn eine ungleiche Verteilung der Güter bereits besteht.

Daher bewirkte zwar eine Verteilung nach Billigkeit (unter Rücksichtnahme auf die relative Glücksförderung) für den Moment die Maximisation des Wertes, die größtmögliche Lust mit den vorhandenen Gütern; allein auf die Dauer unter den gegenwärtigen Umständen wirkt in diesem Sinne im Gegenteil das Gerechtigkeitsprinzip. Allerdings nur im allgemeinen: In allen Einzelheiten seiner Konsequenzen deckt es sich keineswegs mit der derzeitigen Zweckmäßigkeit. Aber es ist als gefühlsmäßiges Postulat soweit verselbständigt, daß es in diesen Fällen gegen die Zweckmäßigkeit auftritt und vielfach siegt.

Und dem muß wohl auch so sein. Denn unser Gerechtigkeitsprinzip ist ja wie gesagt aus der Macht erwachsen; es war immerhin eine Ordnung „der Macht durch die Macht für die Macht“ (Wieser) und die ideologische Wendung war in diesem Sinne bloß ein Hilfsmittel (wenn auch natürlich unbewußter Weise). Aber sie hat beiden Teilen, den „Ausbeutern“, wie dem „Ausgebeuteten“ geholfen. Den „Ausbeutern“, weil wie sie selbst auch die „Ausgebeuteten“ daran glaubten. Den „Ausgebeuteten“, weil die Idee, das Gefühl sich verselbständigte, teilweise vielleicht auch aus Gründen der Beharrung zum Prinzip erhoben wurde, und auch Konsequenzen zu ihren Gunsten daraus gezogen wurden, dergestalt ein gewisses Kompromiß mit der Macht eingegangen wurde; Konsequenzen, die nie gezogen worden wären, hätte es beim bloßen — und in diesem Falle bloß egoistischen — Zweckmäßigkeitsgedanken sein Bewenden gehabt. Denn es gehört größere ethische Reife dazu, bei Zweckmäßigkeit unegoistisch zu denken, als sich durch einfache Prinzipie bestimmen zu lassen — dies auch die Funktion der vielen ethischen Halbwahrheiten in alter und neuer Zeit —; und vielleicht eine noch größere intellektuelle bei solchen egoistischen Zweckmäßigkeitserwägungen nicht kurzfristig egoistisch zu sein, nicht bloß das zeitlich Allernächste zu berücksichtigen. Und so muß man die einzelnen Unrichtigkeiten, Unzweckmäßigkeiten eben als geringeres Übel mit in Kauf nehmen; dies um so eher, als sie ja vielfach infolge anderer Ideen, besonders der Billigkeit aus dem geltenden Recht verdrängt wurden und werden.

Das alles löst aber im Grunde das normative Problem noch nicht: Warum soll unser heutiges Gerechtigkeitsprinzip als solches und so gestaltet gelten, auch wo es erkanntermaßen unzweckmäßig ist, vielleicht auch abgesehen von aller Zweckmäßigkeit? Im Grunde sagt uns ja das Vorhandensein des Billigkeitsgefühl, daß es „eigentlich“ nicht so sein sollte. Und man hat es ja in allen Tonarten variiert, daß man für seine Eigenschaften, also besonders auch dafür, was man leiste, nichts „dafür“ könne: Nicht nur, wen widrige äußere Umstände hindern, wem die Körperkraft oder die geistigen Fähigkeiten mangeln; niemand kann auch etwas für den Inhalt seiner Gefühle, für seine größere oder geringere Schmerz- und Lustempfindlichkeit und für die größere oder geringere Widerstandsfähigkeit seines Willens. Jeder, auch der boshafte Verbrecher ist ein Kranker, auch die bloße Faulheit ist angeborener oder (im weitesten Sinn) anerzogener Charakter. Und sogar, was man sich selbst anezogen hat, auch das war ja durch vorherigen Charakter und Schicksal bestimmt. „Alles verstehen, heißt alles verzeihen.“

Das ist alles richtig. Aber man ist hier im Drange, konsequent zu denken, zu weit gegangen, hat doch eines übersehen. Es führt dies hinab zu einem der dunkelsten Grundprobleme der Ethik. Denn wenn wir von alledem abstrahieren, von dem oben die Rede war, wenn wir überhaupt keiner Person (jemals) zurechnen dürfen: wer, was ist denn dann diejenige Person, der die Strafe wehe tut? Denn es bliebe ja nichts übrig: Äußerlich ist gewiß der Leib, seine Vorzüge und Fehler; er wechselt seine Bestandteile, er kann seine Form, seine Eigenschaften ganz verändern: die Person bleibt. Äußerlich ist der Intellekt, man kann ganz verdummen und umgekehrt, die Person bleibt. Äußerlich ist der Charakter; er kann sich ganz ändern, die

Person bleibt. Und die Person ist auch nicht der Komplex aller Eigenschaften; es könnten sich alle gleichzeitig ändern, die Persönlichkeit bliebe. Für den Menschen selbst ist das Ich die Bewußtseinskontinuität; und dieses Bewußtsein ist erfüllt — und zugleich individualisiert — durch eine unwandelbare Urgesinnung; es kann jemand seinen Charakter spontan ändern, überwinden, aber niemals jene innerste Gesinnung; denn das ist er selbst. Das ist für die Außenwelt gleichgültig; für sie ist allerdings der veränderliche Komplex von Eigenschaften (das „sekundäre“ Ich) relevant; jene Gesinnung nimmt nur insofern eine besondere Stellung ein, als sie unveränderlich ist. Aber jenem Komplex ist ein Rückgrat gegeben, ist eine Hauptursache für seine Gestaltung eben in dem Urcharakter gesetzt; dieser ist die Person, trägt die Leiden und erfährt die Freuden. Und sofern und soweit etwas aus ihm hervorgegangen ist, trägt er mit Recht die Folgen. Wenn aber anderes gestraft oder belohnt wird, dann ist das allerdings bloß leidige technische Zweckmäßigkeit, nicht gerecht in diesem allerfeinertesten Sinne. Und insofern ist die Gerechtigkeit wirklich ein Letztes. Von diesem Sinne ist aber das herrschende Gerechtigkeitsgefühl und mit ihm sein Einfluß aufs geltende Recht weit entfernt; zweckmäßigerweise, da es ja sonst seine (oben behandelten) Funktionen zur Herstellung eines unter den heutigen Umständen zweckmäßigen Rechts nicht erfüllen könnte.

Zielt die Entwicklung aber zu jenem Ideal? Oder allgemeiner: Ist die tatsächliche Entwicklung des Gerechtigkeitsgefühl ein Höherentwickeln? Den Inhalt bestimmende Momente sind gewiß Zweckmäßigkeiten; aber — jedenfalls zunächst — geschieht dies a u c h durch theoretische Untersuchungen. Ob dies aber auch nichts anderes ist, als ein Machtkampf, geführt mit Sophismen, die deshalb Überzeugungskraft haben, weil sie den momentanen Bedürfnissen und tatsächlichen Machtlagerungen entsprechen und die Benachteiligten eben damit beruhigen, daß es so sein muß und soll, und vielleicht auch weil es hier eben eine wirkliche Lösung nicht gibt; oder ob doch „mehr“ dahinter ist, — denn wenn sich auch gewiß im einzelnen wie vielleicht auch im ganzen viel egoistische Sophistik unbewußter oder auch bewußter Art dahinter verbirgt, so kann doch auch das kraft Zielnotwendigkeit oder durch Zufall höheren Zwecken dienen — und zu einem größtmöglichen allgemeinen Wohl und einer bestmöglichen Ordnung führt, ist schwer zu entscheiden, aber doch wohl zu bejahen. Es sei nur darauf hingewiesen, daß das Gerechtigkeitsgefühl doch wohl einen Prozeß der Verinnerlichung durchgemacht hat und durchmacht. Im Strafrecht liegt dies ja auf der Hand. Und heute deuten viele Erscheinungen unserer Geschworenengerichtbarkeit und manches andere darauf hin, daß unserem heutigen Gerechtigkeitsgefühl eigentlich ein Motivstrafrecht (Bestrafung der Absicht, des Wollens des Übels als Zweck) oder mindestens stärkere Bestrafung dafür als für bloßen bösen Vorsatz (Wollen des Übels nur als Mittel, was — im Gegensatz zum obigen negativen Altruismus — meist Egoismus — und oft unter dem Drange der gesellschaftlich veranlaßten Not —, mitunter aber auch, um anderen zu helfen, positiven Altruismus bergen kann) entsprechen würde. Und innerhalb gewisser Grenzen wäre das auch zweckmäßig, weil Leute mit negativem Altruismus meist — wenn auch nicht immer — verworfener und gefährlicher sind. Im Privat-

recht ist die Entwicklung deutlicher vielleicht als in der Frage der Haftung, wo die Veranlassungshaftung zweckmäßiger ist und anderes hineinspielt, darin zu sehen, daß mehr und mehr „unverdienter“ Gewinn, der zufällig, nicht planmäßig erworben wurde (z. B. die Werterhöhung benachbarter Grundstücke durch einen Bahnbau; unter Umständen Grundrentensteigerungen und Kursgewinne überhaupt) ungerecht erscheint. Im übrigen ist das allgemeine Problem ganz analog dem der Evolution der ethischen Ideen und Gefühle, und umfaßt ja auch die allgemeine Frage menschlicher Entwicklung. Und darauf einzugehen, würde zu weit führen.

Zu weit selbst, wenn man sich auf die Untersuchung der Vergangenheit beschränken wollte; denn die Schwierigkeit liegt in den Maßstäben. Nicht mehr als Phantasien wären es natürlich, die Einzelgestaltungen dieser Dinge in der Zukunft voraussagen zu wollen. Gewiß ist es möglich, daß die Entwicklung in einer allerdings noch sehr fernen Zeit, wenn genügend Kapital angesammelt sein wird, technische Erfindungen die manuelle Arbeit auf ein Minimum reduziert haben, ein weltumfassender Einheitsstaat bestehen und die Massen zu einer hohen Kultur gediehen sein werden, eine Ordnung eingeführt wird, die auf dem Billigkeitsprinzip unter Berücksichtigung jenes allerfeinertsten Gerechtigkeitsbegriffes beruht. Aber es ist auch ganz anderes möglich. Heute den Kommunismus zu predigen aber ist jedenfalls nichtsdestoweniger utopisch und unheilvoll. — Denn so sicher „praktische Philosophie“ Ethik, Ästhetik, Rechtsphilosophie gerade den wichtigsten und besten Teil ihrer Aufgabe vernachlässigen, wenn sie nicht Ideale für die Zukunft aufzustellen versuchen, so ist es doch nicht möglich, Ideale der Zukunft aufzustellen, Ideale, die die Zukunft für eine fernere Zukunft einmal hegen wird oder soll.

Was die Anwendung der Gerechtigkeitsidee im einzelnen betrifft, so wurde einiges Diesbezügliche ja schon berührt. Am deutlichsten ist es im Privatrecht; in der ganzen Eigentumsordnung, im Schadenersatzrecht. Im besonderen fordert das Gerechtigkeitsgefühl einen gerechten Preis; d. i. derjenige, der im allgemeinen durch die allseits freie Konkurrenz hergestellt wird; der natürliche, aber von allem Zwang, aller Gedrängtheit auf der einen Seite, allen andern Machteinflüssen freien Preis. Dort, wo das Kostengesetz gilt, der den Produktionskosten entsprechende Preis. Deshalb, weil die dadurch hergestellten Preise kein Äquivalent sind — in Verbindung (aber nicht notwendiger Verbindung) mit gewissen Freiheitsideen — ist das heutige Gerechtigkeitsprinzip gegen preissteigernde Kartelle und Wucher, wie überhaupt für den Schutz der wirtschaftlich Schwachen, die der Gerechtigkeit zufolge das erlangen sollen, was sie bei allseitig freier Beweglichkeit (nicht von momentaner Not gedrängt und bei Vermeidung aller „Reibungswiderstände“) erreichen könnten. Übrigens ist ja auch diese Entwicklung eine gewisse Verinnerlichung der Sache. Aber nicht nur das zwingende Recht, auch das dispositive soll gerecht sein. Es ist das dispositive Recht freilich zunächst bloß ein Gebilde technisch wertsparender Zweckmäßigkeit: Entlastung des Verkehrs von weitläufigen Verträgen (und Rechtssicherheit bei kurzen Übereinkünften) und muß daher dem Verkehrsüblichen entsprechend gestaltet sein. Aber es bildet doch auch seinerseits — wenn es nicht ganz unpraktisch ist — Gewohnheiten aus oder beeinflusst diese mindes-

tens; und vielfach werden ja bei Abmachungen (damalige) Nebensachen einfach vergessen; oder man kommt, wie bei Testamenten, überhaupt nicht dazu. Deshalb wird auch dies als gerecht oder ungerecht empfunden.

Auf der anderen Seite wäre es gegen unseren Gerechtigkeitsbegriff, wenn Handlungen oder Verträge Pflichten von unbeteiligten Dritten schaffen würden, wenn z. B. jeder Adressat eines unfrankierten Briefes unbedingt zur Zahlung des Strafportos verpflichtet würde, weil dies ja nicht aus der Person selbst hervorginge. Dagegen anerkennen wir Verträge zugunsten Dritter, was früheren Zeiten auch als ungerecht erschienen sein mochte.

Es wäre an sich gewiß möglich, daß Eisenbahnverstaatlichungen u. dergl. einfach auf dem Wege eines Gesetzes ohne Vereinbarung mit dem bisherigen Eigentümer erfolgten und daß dies nicht geschieht, ist hier auffällig, weil ja ein Gesetz meist ohnedies beschlossen werden muß. Es soll jedem das Seine und freie Disposition darüber nach Möglichkeit gelassen werden. Und das bringt schließlich hier noch seine besondere Zweckmäßigkeit mit sich, da nur bei Vertrauen in den „Rechtsstaat“ Kapital (überhaupt und zu billigen Bedingungen) in solchen Werten angelegt wird. Überhaupt folgt aus dem Gerechtigkeitsprinzip die richtige Formulierung des Satzes vom Nicht-Zurückwirken der Gesetze: „Niemand soll in seinem berechtigtem Vertrauen auf die Rechtsordnung getäuscht werden.“ (Pfaff-Hofmann); nicht dagegen die gebräuchlichen verfehlten, daß erworbene (aktuelle) Rechte nicht genommen werden sollen; denn in gewissen Fällen wäre dies auch bei potentiellen Rechten (allgemeine und spezielle Rechtsfähigkeit etc.) höchst ungerecht und geschieht auch nicht und umgekehrt.

Das Strafrecht ist ein zweckmäßiges Mittel, die gerechte Ordnung zu schützen. Aber es steht auch noch in einem anderen Zusammenhang mit der Gerechtigkeitsidee. Ein alter Folgesatz des Prinzips war die Talion; und noch allgemeiner stellte die Rache, das Vergeltungsgefühl des Verletzten den alten Zustand gewissermaßen wieder her. Auch heute werden Tatbestände und Strafen noch keineswegs durchaus nach dem Zweckprinzip bemessen — auch hier unter Miteinfluß der Billigkeit: Notstand, verminderte Zurechnungsfähigkeit usw. — sondern — nebst Moralischem — unter Miteinfluß des Gefühles, daß dem *malum actionis* das *malum passionis* äquivalent sein müsse.

In Sachen der Rechtssprechung hat das Prinzip der Gerechtigkeit nur Bedeutung, wo das freie Ermessen einzutreten hat, nicht aber, wo es sich um gebundene Rechtsanwendung handelt (was auch beim Rechtsgestaltungsverfahren möglich ist). Wenn hier von „gerechtem“ Richten die Rede ist, so bedeutet das hier, wie bereits angeführt, ohne Ansehen der Person „unparteiisch“ richtige Anwendung des objektiven Rechts.

Wenn es einen guten oder üblen Erfolg gibt, den mehrere zusammen hervorgebracht haben, so werden Anteile daran einzelnen Teilursachen „zugerechnet“, und zwar diejenigen, die man ihrer speziellen Mitwirkung verdankt. Das wirtschaftliche Zurechnungsgesetz, wie es Karl Menger, Wieser, Böhm-Bawerk, Clark, Schumpeter aufgestellt haben, hat unsere heutige Wirtschaftsorganisation und damit das Gerechtigkeitsprinzip, das dieser zugrunde liegt, zur Voraussetzung. Und schon diese Zurechnung abstrahiert von außerwirtschaftlichen Machtverhältnissen unter Annahme von reinen *homines oeconomici*, ist also bereits in gewissem Sinn normativ: Bei freiem Spiel der wirtschaft-

lichen Kräfte könnten i. e. sollten die Arbeiter (bezw. jeder Teil) so viel erlangen. Gleichwohl ist die gerechte Zurechnung mit der wirtschaftlichen nicht identisch.

Der Unterschied besteht nicht etwa darin, daß hier geistiger Anteil zugerechnet wird; dies geschieht bereits in wirtschaftlichen Dingen. Man hat, um gegen einen auch m. E. nicht glücklichen Begriff der Produktivität zu polemisieren, den Lehrer mit dem Schweinezüchter verglichen. Das Beispiel ist für unsere Zwecke nicht so treffend als es sein könnte. Vielmehr: der Lehrer über gute Schweinezucht (oder der Erfinder einer besseren Methode) und der Schweinezüchter. Hier wird indirekt Sachgüterproduktion gefördert; dem Lehrer bezw. dem Erfinder ist das Mehr an Wert zuzurechnen, das durch seine Mitwirkung entstanden ist.

Es soll hier kein detailliertes System gerechter Zurechnung vortragen werden; ist doch selbst das Problem der wirtschaftlichen Zurechnung noch nicht in allen Beziehungen als gelöst anzusehen. Aber eines ist besonders für unsere Zwecke zu betonen: Damit einem Faktor zugerechnet werde, muß es möglich sein, daß er seine Mitwirkung willkürlich versagen könnte und denkbarerweise wollte. Denn z. B. auch der Staat und seine Friedensordnung sind Teilursachen, unersetzbare conditiones sine qua non der Produktion und man hat ja daraus auch ein (nur teilweise zutreffendes) Steuerprinzip abzuleiten versucht, aber es wird ihnen tatsächlicher- und richtigerweise nicht allgemein, sondern nur dort zugerechnet, wo das Gefühl einer solchen Versagungsmöglichkeit besteht — abgesehen natürlich von dem Fall, daß für diesen Zweck seinerseits besondere Anstalten getroffen werden.

Die gerechte oder ideelle Zurechnung unterscheidet sich dadurch von der wirtschaftlichen, daß sie dem (in der Regel geistigen) Urheber einer Wertvermehrung diese auch dann zurechnet, wenn dies nunmehr, da die Verbesserung bekannt geworden oder einmal geschehen ist, durch jedermann (oder bestimmte andere) nachahmbar ist oder von selber nachwirkt, so daß es im konkreten Falle nicht mehr in der Hand des geistigen Urhebers stünde, durch Verweigerung seiner Mitwirkung (das Resultat überhaupt oder) die Wertvermehrung zu hindern.

Die gerechte Zurechnung ist eine psychologische Tatsache. Der Gelehrte oder Dichter würde seine gesellschaftlichen Werte auch ohne materiellen Lohn schaffen und der Mitwelt geben. Gewiß fördert, ermöglicht mitunter ein solcher diese Arbeiten. Aber im wesentlichen entstehen sie doch, weil sie müssen, unhemmbar und unförderbar. Daher sind sie vom Standpunkt des wirtschaftlichen Egoismus aus außerwirtschaftliches Gut, um das man sich nicht zu kümmern braucht und das auch deshalb nicht wirtschaftlich gewertet werden muß, weil es einmal vorhanden, in beliebiger Menge vermehrbar und verwendbar ist. Aber die öffentliche Meinung, das Gerechtigkeitsgefühl fordert nicht nur eine rein ideelle Zurechnung und Entgelt durch Ruhm und dergleichen, sondern auch Belohnung auf materiellem Wege. Denn hier liege ein Verdienst vor, d. i. Teilursache an der Entstehung gesellschaftlicher Werte und zwar davon abhängiger: wäre diese Teilursache nicht, so entstünde dieser Wert nicht. Und deshalb habe der Urheber vom Wert zu bekommen, was ihm davon zuzurechnen sei,

weil und soweit seine Mitarbeit daran in abstracto unersetzbar ist oder mindestens einen Grenznutzen bildet. Es ist einzusehen, daß eine Rechtssetzung nach diesem Gefühl, nach diesen Prinzipien auch zweckmäßig ist, weil sie Anspornung zu solchen Leistungen und diesbezügliche Berufsteilung ermöglicht.

Zur ökonomischen Durchführung hat man die an sich ja sehr „unnatürlichen“ Rechtsgebilde der literarisch-artistischen und gewerblichen Urheberrechte geschaffen. Allein es ist klar, daß das nicht genügt, weil es nur einen Teil und auch diesen ungenügend belohnt. Nicht z. B. theoretische Forschungen als mittelbare Ursachen von Erfindungen, von Krankheitsheilungen usw. Daß neben Stipendien, Preisen, dotierten Stellungen und dergl. ein feiner und sicherer angepaßtes System gesellschaftlichen Entgelts für diese gesellschaftlichen Leistungen trete, ist ein Postulat der Gerechtigkeit. Aber hier versagt vorderhand unsere juristische Technik. Im übrigen sind jene Rechtsmonopole auch da, wo sie Abhilfe schaffen, — das soll selbstverständlich ebensowenig ein Tadel sein als das Hervorheben ihrer „Unnatürlichkeit“ — inkonsequent: sie sind bekanntlich zeitlich eingeschränkt. Dies soll nicht etwa den (unzweifelhaften) Anteil der Gesellschaft am Zustandekommen eines jeden Werkes symbolisieren; denn dieser Anteil ist nicht nur bei geistigen, sondern auch bei materiellen Werken vorhanden und die Gesellschaft könnte ihre Mitwirkung so wenig versagen als die bloße Natur dies könnte. Sondern es ist eine Billigkeitserwägung, Rücksicht auf die Konsumenten. Und es ist ja eine künstliche Rechtsbildung neueren Datums und da ist der Begünstigte zufrieden, was immer man ihm gibt.

Was die sonstige Ersetzbarkeit eines Faktors und was daraus folgt, betrifft, verhält es sich in der gerechten Zurechnung nicht anders als in der wirtschaftlichen. Ebenso stimmt es mit der wirtschaftlichen Zurechnung überein, ist aber hier ganz besonders zu betonen, daß nur dort gerechterweise zugerechnet wird, wo ein „Verdienst“ vorliegt, wo der Wert aus der Person des Betreffenden hervorgegangen ist, und da nicht, wo er nicht aus seiner Person hervorging; so z. B. „unverdienter“ Wertzuwachs von Grundstücken nicht dem Besitzer (ein solcher Wertzuwachs ist daher ungerecht), der Wert eines schlechtgemalten einzig erhaltenen Porträts eines großen Mannes nicht dem Maler und dergl.

Dagegen besteht ein großer Unterschied darin, daß hier auch üble Folgen und überhaupt Negatives zugerechnet wird. Es handelt sich dabei um Grenzunwerte, d. h., um die Frage, ob der üble Erfolg oder die Wertminderung gegenüber dem, was sonst entstanden wäre, vom Vorhandensein und Eingreifen gerade dieses Unwertes abhängig war; ein Begriff, der daher praktisch gar nicht so bedeutungslos ist, als sein Autor (Ehrenfels) gemeint hat. So wird die Zurechnung für Zwecke der Schadenersatzleistung gehandhabt; der Schaden wird nicht zugerechnet, wenn er auch ohne Eingreifen der tatsächlichen Ursache, des tatsächlichen Stifters auf anderem Wege entstanden wäre. Die Bestrafung des verbrecherischen Versuches ist zwar zweckmäßig, da auch dies präventiv wirkt und die Gefährlichkeit des Versuchenden in aller Regel ebenso groß ist, wie die des vollbringenden Täters; aber sie ist überdies auch gerecht, das fremde dazwischentretende Hindernis, das die Vollbringung hintertreibt, ist dem Täter

nicht zuzurechnen. Vor einer feineren Differenzierung der Zurechnung in dieser Richtung, wenn mehrere durch Zusammenwirken ein Delikt begehen, hat das geltende Strafrecht — nicht aber das Zivilrecht, das hier unterscheidet — aus Gründen technischer Vereinfachung, und weil der böse Wille und die Gefährlichkeit der Täter hier meist ebenso stark sind wie bei einzeln Handelnden, richtigerweise abgesehen.

In Sachen des Billigkeitsprinzips ist zunächst der großen Schwierigkeiten zu gedenken, die seine Durchführung nicht nur seiner „Unnatürlichkeit“, der den natürlichen Machtverhältnissen entgegengesetzten Tendenz halber, — auch die Menschen selbst, ihre Fähigkeiten, nicht nur ihre äußeren Güter sind ja von Natur aus ungleich — sondern auch deshalb machte, weil es ja sehr schwer ist, fremde Bedürfnisse überhaupt richtig zu erkennen, ihre Größe abzuschätzen und gar die verschiedener Individuen zu vergleichen. Daß ich im allgemeinen, wenn auch durchaus nicht immer, meine eigenen Bedürfnisse annähernd richtig klassifizieren kann, beweist die Tatsache der Wahl zwischen zwei verschiedenen Gütern. Und man hat mit Recht darauf hingewiesen, daß derjenige zugrunde gehen müßte, der in jedem Falle eine Theatervorstellung dem Essen vorziehen würde. Und auch zukünftige Bedürfnisse kann man bis zu einem gewissen Grad voraussehen. Und fremde Bedürfnisse kann man auf dem Wege der Egomorphisierung, Einfühlung, der Erfahrung von anderen Fällen, oder theoretischer Erwägung, wenn auch bloß für kleinere zeitlich-örtliche Kreise, aber um mehr handelte es sich nicht, mehr oder minder richtig erkennen; deshalb mitunter sogar besser als der Betroffene selbst, weil oder wenn man ruhiger (d. h. ohne Impuls nach momentanem Genuß auf Kosten des späteren) und vielleicht intellektuell höherstehend wertet. Die Bedürfnisse verschiedener Menschen sind schließlich nicht schlechthin inkommensurabel, obwohl ja auch die größere und geringere Reizbarkeit und Lust- bzw. Schmerzempfindlichkeit, Auffassungsart (Optimismus oder Pessimismus) und die Tatsache der relativen Glückssteigerung mit in Rechnung zu ziehen sind; denn aus einem System von Beobachtungen ihres Verhaltens unter diesen und jenen Umständen etc. ist eine „wechselseitige Erhellung“ dieser Verhältnisse bis zu einem gewissen Grad möglich. Und insbesondere in einer Praxis, die kleine Irrtümer mit in Kauf nimmt, wäre die Sache wohl nicht einmal schwer.

Den letztgenannten Schwierigkeiten entginge man freilich ganz, wenn man alle Menschen als diesbezüglich gleich auffassen oder fingieren würde. Und in diesem Sinne sind alle Gleichheitsprinzipien unvollkommene Billigkeitsprinzipien. Eine starke Annäherung an theoretisch richtige Billigkeit wäre die Gewährung gleicher (aktueller) Rechte an alle. In manchen Gebieten des öffentlichen Rechts ist dies auch tatsächlich annähernd durchgeführt. Und hier fallen auch sofort die Unbilligkeiten, die beispielsweise einem allgemeinen gleichen Wahlrecht anhaften, in die Augen: auch wer mehr Interesse am Staat hat (Vertretung und Einfluß nach Maß des Interesses an der betreffenden Korporation ist wahrhaft billig) — und, was auf ein anderes Blatt gehört, wer größeres Verständnis besitzt — hat nur eine Stimme. Daß das politische Wahlrecht aber (heute) auf Billigkeitserwägung beruht, zeigt sich auch darin, daß man Einwirken anderer gesellschaftlicher, insbesondere wirtschaftlicher Mächte (z. B. Stimmenkauf) nach

Möglichkeit verhüten will, wogegen vom Standpunkt der Gerechtigkeit aus nichts einzuwenden wäre. Abgesehen davon, daß Interessen Dritter verletzt sein können, da es sich um die Verbandsregierung handelt.

Doch kann das nicht der maßgebende Gesichtspunkt sein. Denn auch in einem Staate mit plutokratischem „Zensuswahlrecht“, das auf dem Gedanken beruht, daß Einkommen und Einsicht generell in einer gewissen Relation stehen, wird nackter wie versteckter Stimmenkauf als „Korruption“ perhorresziert. Den Gegensatz hierzu bilden die auf dem Gerechtigkeitsprinzip fußenden Stände, die (ursprünglich einstimmig) dem Landesherrn Geld bewilligten, sei es, weil die Verwendung auch ihre eigenen Zwecke förderte (also als Konsumausgabe), sei es vielfach auch nur gegen Gewährung sonstiger Vorteile (also als Geschäft). Sehr weit entfernt vom letzten Ziel der Billigkeit, wenn auch ein Billigkeitsprinzip, ist die Gleichheit aller vor dem Rechte, die Gleichheit der obersten Potentialrechte, vom Recht gewährte Erwerbsmöglichkeiten, bei tatsächlicher (sei es bereits vorhandener, sei es dann entstehender) Ungleichheit der aktuellen Rechte. Das Postulat womöglich genereller Gesetzesnormen ist ein Ausfluß dieses Prinzips: es soll durchs Gesetz niemand unmittelbar bevorzugt oder benachteiligt werden; aber da dieses doch, wenn auch generell umschriebene Erwerbsmöglichkeiten von Rechten und Pflichten gibt, die auf gewissen Voraussetzungen beruhen, so ist es nicht zu umgehen, daß dies doch sehr oft mittelbar geschieht.

Tatsächlich wird eine solche (angebliche) Gleichheit und Gleichwertigkeit der Menschen nur innerhalb örtlich (oder auch gesellschaftlich oder sonstwie) begrenzter Kreise gefühlt und anerkannt. Es operiert auch die moderne Ethik vielfach mit konzentrischen Kreisen der einem Subjekt nahe und näherstehenden Menschen. Das ist eine psychologische Tatsache, und es ist unter den heutigen Umständen zweckmäßig, daß dem so ist; aber man darf es nicht prinzipiell-normativ wenden. Die entgegenstehende Argumentation Stammers, daß andernfalls der Imperativ in praxi lauten müßte: „Tu den Entfernteren mehr Gutes als den Nahestehenden“ und dies absurd wäre, gilt nur für eine (m. E. unrichtige) Gesinnungsethik; es kommt vielmehr aufs objektive Resultat an. Nur dann und soweit sind solche konzentrische Kreise ethisch gerechtfertigt, als es sich um evolutionistische Werte handelt, die erstens im Kampfe selbst liegen können und zweitens in mir oder den Meinen (insbesondere im Falle einer höheren Kultur, aber auch sonst). Sonst ist dies (engerer und weiterer Egoismus auf Kosten anderer) bloß natürlich und entschuldbar, aber nicht gerechtfertigt.

Ein Ausfluß des Prinzips der Billigkeit — einer moderierten, nicht zu Ende gedachten Billigkeit im Kompromiß mit Gerechtigkeit und tatsächlicher Macht, wie sie sich heute auf vielen Teilgebieten des Rechts durchsetzt — ist die Berücksichtigung des verschiedenen subjektiven Wertes objektiv derselben Güter für verschiedene Personen bei anderer Vermögenslage: für einen Mann mit einem Einkommen von 100 000 besitzt die Geldeinheit einen viel geringeren Wert als für einen mit bloß 1000. Es werden hier teilweise die Bedürfnisse berücksichtigt. So hat Emil Sax bekanntlich die progressive Einkommensteuer gerechtfertigt. (Dagegen ist der Gedanke der Steuerverteilung nach der „Leistungsfähigkeit“, der zum selben Resultat

führt, ein solcher der Zweckmäßigkeit). Eine diesem Prinzip entgegengesetzte oder es mindestens modifizierende Entscheidung aber fordert eine andere Billigkeitserwägung, die Berücksichtigung des (Bermoulli-Laplaceschen) psychologischen Gesetzes der relativen Glücksförderung, das auch seinerzeit (von J. H. v. Kirchmann in dem Vortrag „Über den Kommunismus in der Natur“) — aber auch wieder einseitig — als „kommunistisches Naturgesetz“ (bezw. Gesetze) verwertet wurde.

Es ist allerdings fraglich, ob die speziell-exakte Formulierung, daß die Intensität der Gefühlswirkung proportional den relativen Steigerungen der äußeren Veranlassungen, — nicht Geldsummen, sondern der schon auf den subjektiven Zustand bezogenen Befriedigungsmittel — wachse, richtig ist; mindestens ist sie schwerlich beweisbar. Die Tatsache aber unterliegt keinem Zweifel, daß dies approximativ gilt.

Denn jeder gehabte Genuß zieht Abstumpfung zunächst überhaupt und für dieses Genußmittel nach sich, bringt Differenzierung und Verfeinerung der Bedürfnisse; der Bedürfnisstand wird also durch anerzogene Bedürfnisse, gewöhnte und auch bloß gehabte Genüsse beeinflusst; und Glück bedeutet immer nur ein Zuwachs an Befriedigungsmitteln; mindestens aber müssen diese gleich bleiben, soll nicht Unlust entstehen. Es folgt daraus, daß der Arme, der einen kleinen Wertzuwachs erhält, *ceteris paribus*, glücklicher ist als der Reiche, der gerade etwas, wenn auch nur wenig einbüßt. Das Gesetz gilt ferner auch bezüglich der Grade der Unlust. Und dazu kommen noch die aus der Reflexion des „Erwerbens“ bezw. „Verlierens“ hervorgehenden Wert- bezw. Unwertgefühle.

Aus Billigkeit ist diese Tatsache der Relativität der Glücksförderung zu berücksichtigen; denn es handelt sich um den Bedürfnisstand. Aber das Resultat dieser Berücksichtigung ist eine Unterstützung der Geltungsberechtigung des Gerechtigkeitsprinzips. Denn die genannte Erwägung verteidigt alle bestehende Ordnung. Nicht zwar, als ob sie die Ursache des Konservatismus wäre; höchstens eine kleine Mitursache; diese ist in viel stärkerem Maße die soziale Trägheit. Aber die relativ bessere Berechtigung des Alten gegenüber dem Neuen *ceteris paribus* folgt aus dem Gesetz der relativen Glücksförderung. Daneben gehört natürlich noch die Summe an Werten, die aufzuwenden ist, um den Trägheitswiderstand zu überwinden, allenfalls das Alte abzutragen und das Neue aufzuführen, auf die Passivseite.

Man hat alles Recht verjährtes Unrecht genannt: unser Prinzip spricht — nebst Zweckmäßigkeit — für alles verjährte Unrecht. Unser Prinzip spricht auch — ebenfalls nebst Zweckmäßigkeitserwägungen — für die Institute der Ersitzung und Verjährung im technischen Sinne. Es spricht — abgesehen von der Zweckmäßigkeit: Ruhe des Besitzes — für das Pflichtteilsrecht: der Noterbe ist fürs Erbe erzogen. Es bildet auch eine Rechtfertigung der ungleichen Verteilung der Vermögen und der Einkommen. Es spricht in der Steuerlehre — nebst der technischen Undurchführbarkeit; da ja ein Bemühen über die Steuergrenze hinaus dann kaum stattfände — gegen eine konfiskatorische Besteuerung bis zu einer gewissen Einkommensgrenze hinab; aber auch schon gegen eine zu starke Anspannung der Progression. Es spricht für historische Elemente in den Verfassungen eventuell — nebst dem Zweckmäßigkeitsmotiv der Schulung und des Verständnisses — für Beibehaltung politisch bevorrechteter Klassen.

Es spricht im Strafrecht gegen die formelle Gleichheit der Strafen, da dieselbe Geldsumme anders einen Reichen als einen Armen, dieselbe Gefängniszeit aber auch einen an Luxus oder auch nur an Behaglichkeit gewöhnten kultivierten Menschen ganz anders trifft als den Proletarier. Überhaupt müßte unser Institut von der Gleichheit aller vor dem Gesetz aus einem formellen ein materielles Prinzip werden. Es sträuben sich eine — übrigens nicht gerade sehr alte — Tradition und falsche Ideologien dagegen. Gleichwohl ist — insbesondere im Strafrecht — über kurz oder lang auf Änderung zu hoffen. Ansätze hierzu kann man ja in Gesetzesvorschlägen (hier wenigstens bezüglich der Bemessung der Geldstrafen) und mehr noch in der Praxis des richterlichen Ermessens beobachten. Denn unser heutiges formelles Gleichheitsprinzip ist im Effekt vielleicht noch unbilliger als die alte Ungleichheit.

Allein man darf es nicht übersehen, daß das alles nur gilt, wenn eben die Gewohnheiten schon eingewurzelt sind; und vor allem, daß dies ja nur eines der in Betracht kommenden Momente ist und anderes teilweise in anderem Sinne spricht. Insbesondere mit sonstigen Billigkeitserwägungen, die letztlich nach radikaler Ausgleichung streben und die auf die Dauer, vom Übergang abgesehen, unserem besprochenen Gesetze gegenüber auch im Rechte wären, besteht Antinomie, die ebenso wie andere Antimonien zwischen Rechtsideen keine allgemein-prinzipielle Austragung, sondern nur ein jeweils richtiges Kompromiß nach jeweiligen Verhältnissen zuläßt.

3. Die natürliche Ordnung, das „Logische“ und die Natur der Sache im positiven Recht.

In mehrfachem, recht verschiedenem Sinne wurde und wird — wenn auch heute meist etwas verstohlenerweise — vom Natürlichen, vom Logischen, Konsequenten, von der Natur der Sache im positiven Recht gesprochen. Die Ausdrücke werden tatsächlich mehr oder minder promiscue gebraucht, aber da mit allen und mit einem jeden von ihnen recht Verschiedenes gemeint wird, unsere Aufgabe es aber ist, diese verschiedenen Dinge zu unterscheiden, so bleibt nichts übrig, als dem populären Sprachgebrauch entgegen den einzelnen Worten spezielle Bedeutungen zu unterlegen.

Der Begriff des Natürlichen, dessen, was ohnedies gelten würde, auch wenn es im positiven Recht nicht speziell gesagt wird, wurde schon entwickelt. Ob natürliches Recht dabei dadurch hergestellt wird, daß im Gesetz nichts darüber gesagt wird oder dadurch, daß es ausdrücklich ausgesprochen wird, ist für unser Problem selbstverständlich gleichgültig. Hie und da in Zeiten sogenannter Überkultur taucht der allgemeine Wunsch einer Rückkehr zur Natur, zu natürlicheren Zuständen auf, dem auch eine entsprechende Rechtsidee entspringt. Es ist die Sehnsucht nach Befreiung von einem überkommenen Wust einengender, meist antiquierter Rechtsregeln. Ob gerade die von Rousseau postulierte staatliche Ordnung wirklich in jeder Beziehung natürlicher gewesen wäre als die damals bestehende, mag dahingestellt bleiben. Sicher aber waren dies in sehr vielen Punkten die privatrechtlichen Kodifikationen der Zeit gegenüber dem römischen Recht und sicher war dies — und zwar am allerstärksten — der wirtschaftliche Liberalismus. Gerade aber hier hat wohl am wenigsten diese Idee als Vorspann gedient; vielmehr war die Änderung der rechtlichen Organisation der Wirtschaft unter den herrschenden Umständen zweckmäßig und ideologisch waren es Argumente einer (als absolut geltend hingestellten) Zweckmäßigkeit der (klassischen Ökonomie) und Gleichheitsprinzipien, von denen allerdings die „Gleichheit vor dem Gesetz“ insofern auch natürlich erscheint, als sie die tatsächliche Ungleichheit der Begabungen und der erworbenen aktuellen Rechte gewähren läßt.

Allein wie dem auch sein möge, sicherlich ist diese Rechtsidee nur hie und da berechtigt, vielleicht noch seltener als sie tatsächlich auftritt; denn im allgemeinen ist ja Kultur Verbesserung des Lebens und schon wegen der Fortentwicklung der Bedürfnisse notwendig; und so hat man vielleicht auch in manchen Anwendungen der Idee des Natürlichen übers Ziel geschossen.

Anders steht dies freilich vielfach für Einzelgebiete des Rechts; insbesondere technischer Art. Wenn mitunter im Namen des Natürlichen mit gänzlich überflüssigen antiquierten Formen aufgeräumt wird, so ist das nur sehr wohlthätig; und es wäre in manchen Dingen vielleicht auch unserer Zeit zu wünschen.

Allerdings muß man sich da vor einem Irrtum hüten. Immer einfach ist unter der Herrschaft des Natürlichen nur der Gesetzestext — und schon dies bedeutet, weil leicht beherrschbar, allerdings große Ökonomie für Richtende und meist auch Vertragsschließende —;

aber keineswegs immer — wenn auch sehr häufig, — einfach ist die Handhabung, der Inhalt der natürlichen Ordnung. So ist z. B. der Wert einer Rente (kraft nationalökonomischen Naturgesetzes) zu ermitteln durch ihre sogenannte Kapitalisierung, bei Renten unbestimmter Dauer unter Zugrundelegung der wahrscheinlichen Dauer. Manche Zivilprozeßgesetze verordnen zur Kompetenzbestimmung, die nach dem Wert geschehen soll, ein vereinfachtes Verfahren: Addition aller Raten, bei unbestimmter Dauer ein gewisses Vielfaches usw. So sind viele Präsumtionen zur Vereinfachung des sonst naturgemäß zu führenden Beweises, ebenso manche „Fiktionen“ zu ähnlichen Zwecken eingeführt.

Andererseits ist das in unserem Sinn Natürliche auch nicht immer das, was „vernunftgemäß“ erscheint. Damit wird vielfach schlechthin das Zweckmäßige gemeint; dies und geltendes Recht haben ja das Volksbewußtsein (zweckmäßigerweise) dem eigentlich Natürlichen in vielen Beziehungen entfremdet und so ein gewissermaßen sekundär natürlich Erscheinendes, das Rechtsbewußtsein oder Rechtsgefühl geschaffen. Aber immerhin in manchen Punkten denn doch nicht. Und da wäre es z. B. höchst gefährlich, die Gültigkeit gewisser Rechtsgeschäfte an dem Volksbewußtsein fremde Formen zu binden usw. Das Natürliche ist, wenn auch nicht in allen, so doch in vielen Fällen am einleuchtendsten und am leichtesten merkbar. Im ganzen aber ist im Gegensatz zur gemeinen Meinung zu sagen, daß das Natürliche viel Bedeutung besitzt bei der Feststellung des geltenden Rechts, aber wenig bei der Diskussion de lege ferenda.

Auf Grund des Naturgesetzes gelten aber, wie ausgeführt wurde, als subsidiäre Rechtsergänzung auch die Konsequenzen eines aufgestellten Rechtssatzes oder eines angenommenen Prinzips. Und tatsächlich spricht man in diesen Fällen von einer logischen, folgerichtigen, systematischen oder natürlichen Gesetzgebung bzw. dem Gegenteil. Konsequenz eines Rechtssystems ist im allgemeinen eine schätzbare Eigenschaft. Selbst abgesehen von echten kontradiktorischen unlöslichen Widersprüchen in einem Gesetz, befriedigt Konsequenz in Ausführung eines Prinzips das logische Gefühl, vereinfacht die Sache im allgemeinen und vermindert die Konfliktmöglichkeiten der Normen und Entscheidungszweifel; aber mit Recht führen sehr häufig antinome Prinzipien und Zweckmäßigkeiten zu „Inkonsequenzen“. Gleichwohl werden diese als „unlogisch“ unangenehm empfunden; und es besteht kein Zweifel, daß es in diesem Sinne ein selbständig wirkendes und auch tatsächlich — öfter vielleicht als wir meinen — Einfluß übendes Konsequenzprinzip gibt.

Dieses Gefühl aber kann recht unheilvolle Folgen haben, wenn es sich für konsequente Einhaltung von Konstruktionen insbesondere jener mehrfach erwähnten Pseudonaturgesetze einsetzt. So wurden Rechtsbildungen abgelehnt, weil sie Mitteldinge zwischen diesen und jenen Kategorien darstellen würden. So ist es immer verdächtig, wenn Gesetzesvorschlägen „Unklarheit“ vorgeworfen wird; dies kann ja in der Tat zutreffen, aber meist wird damit nur gemeint, daß es Verwirrung in herrschende Konstruktions- und Kategorisierungsarten brächte.

Schließlich nimmt unter den Namen „Natürliches“ oder „Natur der Sache“ etwa *Romagnosis lex naturalis antecedens* bzw. *consequens*

Einfluß auf die Rechtsgestaltung. Es ist die naturgesetzliche Wechselwirkung zwischen Mensch und Natur, sowie zwischen Mensch und Mensch (soziologische Gesetze), Faktoren, denen sich der Mensch zu seinem Besten anbequemen muß; bzw. was der Mensch vernünftigerweise aus diesen Beziehungen ableitet; diese Tatsachen mögen nun für menschliche Willkür absolut oder nur durch dieses (rechtlche) Mittel nicht veränderlich sein, oder auch nur aus irgend welchen anderen Gründen nicht verändert werden sollen; ja es können sogar Tatsachen sein, die durch menschliche Willkür einmal gesetzt sind (wie etwa auch andere Rechtsnormen). Es ist also ein Prinzip der Zweckmäßigkeit — ihm zu folgen ist i m m e r zweckmäßig —, das aber oft ideologisch und gefühlsmäßig verselbständigt auftritt. Die Natur der Sache in diesem Sinn macht häufig Rechtssätze nötig, bestimmt dann meist auch ihren allgemeinen, selten ihren speziell-detaillierten Inhalt.

So macht z. B. die Tatsache, daß Menschen geisteskrank werden können, eine Reihe von Rechtssätzen nötig oder genauer nützlich. So muß etwa für die Absetzung von irrsinnig gewordenen obrigkeitlichen Personen Sorge getragen werden. Eine andere Ordnung wäre allerdings möglich, aber außerordentlich unzweckmäßig, geradezu „widersinnig“.

Hierher gehören auch alle Naturtatsachen der menschlichen Wirtschaft, soweit sie durchs Recht nicht geändert werden können. So könnte heute kein Zinsverbot die Tatsache des Kapitalzinses selbst abschaffen und den Umstand, daß gerechterweise dem Darlehensgeber Zins gebührt, weil der Mehrertrag seinem Kapital zuzurechnen ist. Und der tatsächliche Erfolg der Zinsverbote hat auch nur in Verhinderung von Darlehen oder in Umgehungen bestanden, war also sehr unzweckmäßig.

Natur der Sache fürs Recht ist die tatsächliche Verkehrsübung, der es sich im allgemeinen anzupassen hat, wenn es auch mitunter andere Zwecke verfolgen kann und auch seinerseits die Verkehrsübung stark beeinflußt.

Eine solche Tatsache ist es auch, daß den Rechtsnormen zuwidergehandelt wird, das Unrecht: daher die Notwendigkeit des Strafrechts und anderer Mittel, um das Unrecht nach Möglichkeit zu verhindern, und wenn es geschehen ist, nach Tunlichkeit wieder gut zu machen. Ebenso ist eine solche Tatsache die bestehende Vielheit der Staaten und die Verschiedenheit ihrer Rechtsordnungen: gegen Kollisionen der verschiedenen Rechtssysteme ein möglichst kollisionsfreies internationales (Privat-, Straf- . . .) Recht.

Was gerade in der „Natur der Sache“ liegt, das kann sich ändern. Es gibt darunter aber auch — für menschliche Maße — Unveränderliches. Und so weit gibt es auch unveränderlich zweckmäßiges Recht.

4. Rechtsgefühl und ethisches Gefühl.

Verschieden vom Gefühl des Gerechten und des Billigen, vom Natürlichen, dem Zweckmäßigen, dem ethischen Gefühl und vom Wissen ums geltende Recht, mit jedem davon in dieser oder jener Darstellung identifiziert, aber in der Tat von alledem beeinflusst ist das Rechtsgefühl. Daß man es mit dem Gerechten verwechselte, lag deshalb nahe, weil dieses ja die vorherrschende Rechtsidee ist; aber gewiß in der Mehrzahl der Fälle, in denen herrschende Rechtssetzung vom Gerechtigkeitsprinzip abweicht, tut es auch das Rechtsgefühl: insbesondere wo dies aus Billigkeit geschieht: so kann z. B. eine Verfassungsänderung sehr wohl dem Rechtsgefühl entsprechen, während doch fast jede Verfassungsänderung, da sie Rechte ohne Äquivalent nimmt, insofern ungerecht ist. Damit ist selbstverständlich auch gesagt, daß Rechtsgefühl und Billigkeit nicht identisch sein können. Aber auch nicht mit dem geltenden Recht: so sollte nach unserem populären Rechtsbewußtsein der bloße Kaufvertrag nicht nur einen Anspruch gegen den Verkäufer, sondern ein absolutes Recht zur Sache verschaffen; und auch der Jurist hat (wenn auch geschwächtes) Rechtsgefühl, dem ein positiver Rechtssatz einmal ins Gesicht schlagen kann und wohl auch schlägt. Andererseits ist es auch nicht identisch mit Rechtsideal eines jeden: auch wer vom sozialistischen Zukunftsstaat träumt, besitzt ein ganz realistisches Rechtsgefühl für den heutigen. Denn das Rechtsideal ist das Produkt der jeweils im betreffenden Individuum wirksamen Rechtsideen; im Rechtsgefühl aber steckt außerdem noch Einfluß seitens des geltenden Rechts. Ebenso ist darin enthalten die gerade herrschende Auslegung des geltenden Rechtes, ferner Sitte und (insbesondere traditionelle) Verkehrsübung, auch gesetzlich nicht sanktionierte Usancen. So hält es z. B. an gewissen Formen als Giltigkeitserfordernis für gewisse Verträge fest, die das positive Recht nicht verlangt (z. B. Salz und Brot, ein Trunk, Schriftlichkeit). Was das ethische Gefühl betrifft, so ist richtigerweise darauf hingewiesen worden, daß ein boshafter Tierquäler schlechter sein könne als ein Mörder, der vielleicht im Affekt oder aus edeln Motiven (z. B. einen Quäler anderer besserer Menschen) gemordet hat. Allein das Rechtsgefühl findet gewisse ungefährliche oder mit anderen Mitteln bekämpfbare Schlechtigkeiten nicht strafwürdig; wohl dagegen solche, die wenigstens mitunter vom ethischen Gefühl gebilligt werden oder wurden, wie z. B. Tyrannenmord. Es braucht nicht besonders gezeigt zu werden, daß das dem Rechtsgefühl Entsprechende ebensowenig als das Gerechte immer zweckmäßig ist; weder immer das größtmögliche allgemeine Wohl anstrebt, noch auch die egoistischen Zwecke des Fühlenden: kann ich doch selbst dann, wenn das positive Recht auf meiner Seite ist, fühlen, daß es „eigentlich“ meinem Gegner gebührte. Aber das alles übt Einfluß. Mit dem Natürlichen hängt das Rechtsgefühl insofern zusammen, als es als ein gewissermaßen sekundär Natürliches empfunden wird, das dabei aber mitunter (z. B. wenn, wie oben, an bestimmten vom Recht nicht verlangten Vertragsformen als obligatorisch festgehalten wird) infolge umständlicherer Verkehrsübung unnatürlicher sein kann als das geltende Recht. Insoweit aber mit Recht, als es bedeutet, was natürlicherweise aus gewissen obersten Prinzipien

folgt (wie z. B. aus dem der Gerechtigkeit, aber auch aus der Gleichheit vor dem Gesetz usw.); es ist insofern einfacher als das positive Recht. Die Finessen des positiven Rechts, die aus irgend einem Grunde Ausnahmen davon schaffen, sind nur dann im Rechtsbewußtsein, wenn sie schon sehr alt und praktisch häufig und bedeutsam sind; sonst meist nicht. Eben dasselbe ist für das Verhalten des Rechtsgefühls den technischen Durchführungsnormen gegenüber maßgebend. Es schweigt hier keineswegs immer. So gehört z. B. der Satz „*audiat et altera pars*“ zum festesten Bestande unseres Rechtsgefühls. Aber es schweigt bei vielen, insbesondere minder wichtigen bloß zweckmäßigen Sekundärnormen. Der Grund hierfür ist nicht etwa darin zu suchen, daß diese Dinge weniger in die Augen fallen; das ist durchaus nicht immer der Fall; sie können zu den häufigst gebrauchten und bestgekannten Normen des positiven Rechts gehören (z. B. Testamentsformen, Kompetenzabgrenzungen u. dergl.). Sondern weil es unwesentlich erscheint, ob dies so oder anders geordnet ist.

Aus all diesen Einflüssen — wozu mitunter noch die Wege direkter Belehrung, Übung und Nachahmung kommen — setzt sich das Rechtsgefühl zusammen. Schon daraus folgt — und die Tatsachen bestätigen es — sein mehr oder minder individueller Charakter. Aber wie das Rechtsideal und aus denselben Gründen wie dieses ist es im großen und ganzen in zeitlich-örtlich begrenzten Kreisen (mit eventuellen Klassenunterschieden) recht ähnlich; noch vielmehr als dieses, weil ja der unifizierend wirkende Einfluß des geltenden Rechts dazu kommt.

Gibt es a priori feststehende angeborene Rechtsüberzeugungen, z. B. man dürfe kein Unrecht tun, müsse die Verträge halten, Versprechen erfüllen? Die Frage deckt sich ungefähr mit der nach dem ethischen a priori. Ohne auf die Fragen der Genetik selbst einzugehen, bezüglich deren auf die schönen Ausführungen Ludwig Kuhlenbecks im 1. Band des Archivs für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie verwiesen sei, kann sie phylogenetisch doch verneint werden, weil oder wenn alle psychischen Inhalte und daher auch diese Überzeugungen nur in Wechselwirkung mit den äußeren Tatsachen entstehen. Ontogenetisch aber kann das fertige Rechtsgefühl zweifellos auch durch Belehrung und Beispiel übertragen werden; es ist keineswegs notwendig, daß das Individuum alle Erfahrungen selbst erlebe, die zur phylogenetischen Entstehung nötig wären, wenn dies auch oft gerade Kindern bei ihren gemeinschaftlichen Spielen und Kämpfen, dem Recht an „ihren“ Spielsachen, den Gehorsams-, Lohn- und Strafbeziehungen zu Eltern und Erziehern widerfährt.

Das Rechtsgefühl hat als Rechtsidee t a t s ä c h l i c h Einfluß auf die Bildung des Rechtsideals und so aufs positive Recht. Es ist aber auch ein wichtiges P o s t u l a t, daß das positive Recht dem Rechtsgefühl möglichst nahe sein soll. Nicht nur, um es dem Volke einleuchtend und leicht merkbar zu machen. Sondern insbesondere deshalb, weil sich nach dem Rechtsbewußtsein — ganz zu schweigen von den Völkern, bei denen das Recht wirklich als eine Geheimwissenschaft gehütet wurde — auch bei uns nur von spärlichen Rechtskenntnissen korrigiert und ergänzt, das tatsächliche rechtliche Handeln des Volkes richtet und wo die Behörde nicht angerufen wird, auch die rechtliche Beurteilung und Entscheidung. Und es wäre

da natürlich höchst gefährlich, wollte man etwa dem Volksbewußtsein fremde obligate Formvorschriften für Rechtsgeschäfte erlassen. Noch mißlicher ist die Bestrafung von Delikten, die das Rechtsbewußtsein nicht als solche kennt, wie das ja bei den sogen. abstrakten Gefährdungs- oder Ungehorsamsdelikten leider sehr häufig der Fall ist: gar mancher kommt „unschuldig“ zur Strafe. Dies kann sogar eine Herabwürdigung des Strafrechtes zur Folge haben. Aber auch wo diese Beziehung nicht vorhanden ist, wie z. B. in der Staatsverfassung, ist eine Rücksicht aufs Rechtsbewußtsein wertvoll, damit die Gesetze als gut empfunden, Abänderungsbestrebungen unterlassen und nach Möglichkeit gerne und mit Überzeugung gehorcht wird. Andererseits kann man ja innerhalb gewisser Grenzen durch Rechtssetzung und Rechtsübung das Rechtsbewußtsein erziehen.

Weil das Rechtsgefühl durchs alte Recht beeinflusst wird und zum Teil auch auf Gewohnheit beruht, so spricht es auch für Konservatismus in der Rechtsbildung. Doch darf dies nicht übertrieben werden; es ist Sache jeweiliger Wertabwägung, ob die Güte des neuen Inhalts nicht doch dieses und die Wertopfer zur Überwindung der Widerstände überwiegt. Und man darf dabei an die Wechselwirkung zwischen Recht und Rechtsbewußtsein nicht vergessen. Jedenfalls ist gerade dies nicht, wie mitunter gemeint wird, ein Argument für eine langsame sukzessive Neuordnung (dafür sprechen mitunter Gerechtigkeitsprinzipien und technische Widerstände); denn gerade eine radikale Umgestaltung reißt das Rechtsgefühl aus der traditionellen Lethargie und mit. —

Die Behauptung Georg Jellineks, Recht sei ein jeweiliges Minimum an Ethik, dürfte durch das bisher Gesagte widerlegt sein. Denn wenn auch unserer Meinung nach die letzten (richtigen) Ziele gleich sind; sehr verschieden sind die (ideologischen und die tatsächlichen) Durchgangsziele und die Mittel der beiden Normensysteme. Aber Einfluß nimmt das jeweilige ethische Gefühl auf die Rechtsgestaltung allerdings. Und zwar indirekt durch Beeinflussung des Rechtsgefühls; besonders in strafrechtlichen Dingen. Und direkt als Rechtsidee. So z. B. die Nichtigkeit von Verträgen „gegen die guten Sitten“. Hier besteht im Gegenteil das Rechtsgefühl, daß sie gelten: wer sich hat bestechen lassen, wer etwas Verbotenes oder sittlich Anstößiges zu leisten verspricht, ja selbst wer genötigt wurde, „fühlt“ sich gleichwohl zur Gegenleistung verpflichtet (weil dies natürlich ist und das Gegenteil nur eine positivrechtliche Ausnahme von der allgemeinen Vertragsverbindlichkeit). Ferner gehören hierher die infamierende Wirkung gewisser zivilrechtlicher Klagen im römischen Recht; vielleicht die Verschuldenshaftung gegenüber der meist praktischen Veranlassungshaftung; vielleicht diese ganze Entwicklung im Prinzip der gerechten Zurechnung. Moralische Einflüsse aufs Strafrecht (sittliche Empörung als Grund vielen und hohen Strafen, andererseits auch Milderungen usw.) liegen ja auf der Hand.

Das ethische Gefühl ist inhaltlich dem Rechtsgefühl gegenüber feiner und fortschrittlicher, weil die retardierenden Momente, die das Rechtsgefühl infolge seiner Verknüpfung mit Tradition und Gewohnheit und insbesondere geltendem Recht aufweist, hier größtenteils wegfallen. Im übrigen aber besteht zwischen Ethik, Rechtsbewußtsein, Rechtsideal und Rechtssetzung allgemein weder ein Auseinander-

noch ein Zueinanderstreben, sondern im Zusammenhang mit dem Wechsel der Zeiten der Reformation mit solchen des historischen Quietismus im Recht wie in der Moral und dem Verhältnis der anderen Rechtsideen zur herrschenden Ethik und ihrer Wirksamkeit nur stets Wellen. Wie eine „weltliche“ Moral oder wissenschaftliche Ethik kann dies natürlich — und vielleicht meist mit noch stärkerer Wirkung — auch eine religiöse sein: so das kanonische Zinsverbot, die Unlösbarkeit der Ehe u. a. m. Doch handelt es sich hier nur um den moralischen Inhalt von Religionen; die Förderung religiöser Ziele selbst durch die Mittel des Rechts gehört in einen anderen Zusammenhang.

5. Die Ideen der Freiheit und der Solidarität.

Eine zuzeiten sehr wirkungsvolle Rechtsidee war und ist die Freiheit. Sie bedeutet die rechtsgewährte Möglichkeit, innerhalb gewisser Schranken zu tun, was man will. Je nach diesen Schranken kann sie graduell sehr verschieden gewünscht und verwirklicht werden. Vom anarchistischen Ideal und der „Freiheit eines jeden zu tun, was ihm beliebt, eingeschränkt durch die gleiche Freiheit aller anderen“, die sich davon im wesentlichen nur durch den rechtlichen Schutz dieser Freiheit in ihrer Verteilung unterscheidet, bis zur Freiheit, wie sie wirklich herrscht und wie sie von besonnener Seite verlangt wird, ist ein weiter Weg.

Insoweit die Freiheit in diesem Sinn eine rechtsfreie Materie schafft und dann, wenn es sich um die gleiche Freiheit aller handelt, ist es ein natürliches Prinzip und mitunter sind die Gedanken auch in dieser Verbindung aufgetreten. Aber es war einerseits nicht immer eine gleiche Freiheit aller und andererseits führt die Freiheitsidee über das natürliche Prinzip, über die bürgerliche Freiheit der Regierten hinaus zum Prinzip der politischen Freiheit, der Mitbestimmung bei Verbandsangelegenheiten, wiewohl dies ja einen Widerspruch gegen den extrem-individualistischen Freiheitsbegriff in sich schließt. Aber worauf es hier ankommt, ist ja das Gefühl der Freiheit, der Selbstbestimmung oder wenigstens des Selbst-Mit-Ursache-Seins. Es wäre zwar an sich und theoretisch besser, wenn bloß die Verständigsten oder die Verständigeren an der Willensbestimmung der Korporation, insbesondere der Gesetzgebung beteiligt wären, aber das Gefühl der Möglichkeit der Mitbestimmung ist selbst sehr viel wert. Es ist dies ein Hauptargument fürs allgemeine Wahlrecht.

Denn auch mittelbare wie natürlich noch viel mehr unmittelbare Selbstbestimmungsmöglichkeit ist ein großer Genußwert und wirkt zugleich erzieherisch: erhöht das Verantwortungsgefühl und übt im richtigen Werten.

Auf der anderen Seite ist Freiheit rechtlich zu schützen. Und das kann zu einem ganz anderen Freiheitsbegriff führen als jenem formalen der Freiheit vom rechtlichen Zwang; denn das bedeutet noch keineswegs Freiheit von allen Arten, von Zwang oder Druck, den gesellschaftliche Mächte ausüben können. Und gerade zum Schutz der freien Selbstbestimmung oder wenigstens gewisser Freiheiten z. B. gegen wirtschaftliche Übermacht wird rechtlicher Zwang verwendet, wie Einschränkung der Verfügung, also Unverzichtbarkeit von Rechten, Maßnahmen zum Schutze der Wahlfreiheit, allgemeine Bestrafung der Erpressung und Nötigung u. a. m.; ein Prinzip, das weiterer Ausdehnung fähig ist und wohl auch allgemeinere Anwendung erfahren wird. Denn heute ist es im wesentlichen auf jene Fälle beschränkt, in denen die Ausübung dieses Druckes schwer unmoralisch oder besonders schädlich erscheint. Steht die formalrechtliche Freiheit in (wenn auch nicht in allen Fällen notwendiger) Beziehung zur Gerechtigkeit, so diese materiell zwar auch zu dieser, mitunter aber auch zur Billigkeit, deren Erwägung oft ihre Voraussetzung bilden wird.

Freiheit von Rechtszwang und Freiheit von sozialem Zwang durch Rechtszwang ist in erster Linie ein Gut der Individuen. Aber mittelbar auch ein Gut der Gesamtheit, weil in der Regel jeder am besten weiß,

was ihm taugt, so am meisten leisten kann und die Kosten der Reglementierung erspart werden und weil darüber hinausgehende Freiheit in gewissen Belangen und Freiheit gewisser Individuen für die Gesamtheit ganz besonders wertschöpferisch wirkt. So ist Freiheit der Meinungsäußerung nützlich wegen des daraus resultierenden Kampfes der Meinungen, aus welchem dann die beste Meinung selektorisch hervorgehen kann; so ist Freiheit der originalen Individuen gegenüber den Gebräuchen, Meinungen und Instinkten der Mehrheit zu schützen, weil diese „Originale“ das „Salz der Erde“ sind. (J. St. Mill „On Liberty“).

Allerdings ist das Freiheitsgefühl, wie insbesondere Wieser sehr schön ausgeführt hat, größtenteils eine Selbsttäuschung. Denn weder die Befreiung vom Rechtszwang noch die von diesem oder jenem gesellschaftlichen Drucke oder gar die Freiheit als Verbandsselbstregierung bedeutet die Freiheit vom sozialen Zwang überhaupt. Denn erstens ist das Recht überhaupt und insbesondere die für zulässig erachteten und demgemäß verwendeten Durchsetzungsmittel oft viel zu schwach dazu, selbst sein s p e z i e l l e s Ziel zu erreichen. Niemals wird die Unklagbarkeit von Koalitionen und gewissen Kartellen diese verhindern: weil und solange sie den Kontrahenten allerseits Vorteil bringen und meist auch, wo das nicht der Fall ist, weil sie unter gesellschaftlicher und moralischer Sanktion stehen, werden sie eingehalten. Und nicht einmal die Androhung schwerer Strafen hat den gesellschaftlichen Zwang zum Duell aufwiegen können. Zweitens aber ist die individualistische Freiheit insofern eine Fiktion, als jeder mehr oder minder beim Vertragsschließen wie beim Wählen usw. unter dem gesellschaftlichen Einfluß des „man“ steht: der Kandidat ist durch die Partei bestimmt etc. Aber doch nur mehr oder minder: man kann sich einer anderen Partei anschließen u. a. Und dann besteht, wenn ich auch nur tue, was „man“ tut, doch, weil dies ja meistens unbewußt geschieht, das Gefühl meiner Freiheit. —

In einem gewissen, allerdings nicht gerade notwendigen Gegensatz zur Freiheit im formellen wie im materiellen Sinn — man könnte sich ja allenfalls auf freiwilligen Zusammenschluß beschränken, aber man reicht damit nicht aus —, doch auch wieder in einer Ergänzung insbesondere als notwendige Voraussetzung für den Freiheitsschutz gegen gesellschaftlichen Druck, steht das Prinzip der Solidarität; die rechtsgestaltende Idee der Zusammengehörigkeit. Es ist insbesondere von französischen und italienischen Rechtsphilosophen (Gide, Fouillée, Durckheim, D'Aguanno) — in etwas extensiver Ausdehnung vertreten worden. Man hat auf die Vorteile der Arbeitsteilung hingewiesen, was Angewiesensein des einen auf den andern mit sich bringt; aber das macht keine über das Prinzip des doktrinären Liberalismus, ein System individueller Verträge, hinausgehende rechtliche Regelung nötig, wenn auch unter Umständen nützlich. Durchaus richtig ist es dagegen, daß zu vielen anderen, insbesondere kriegerischen Zwecken; aber auch solchen der Förderung geistiger Kultur ein auch rechtlicher Zusammenschluß mehr oder minder notwendig ist und daß allgemein die Gruppe zwar im physikalischen Sinn nicht mehr Energie besitzt als die einzelnen in Vereinzelung, aber mehr Leistungsfähigkeit im menschlichen Sinn, mehr Werterzeugungsfähigkeit; und der rechtliche ist eben einer der stärksten Zusammenschlüsse. Auf dem Gefühl der Zusammengehörigkeit beruht oft eine Staatsbildung besonders auf natio-

naler Grundlage oder dergl., wie es das Entstehen des neuen deutschen Reiches mächtig gefördert hat. Es hat in wirtschaftlichen Dingen z. Z. der Zünfte eine große Rolle gespielt und beginnt auch heute wieder nach einer Periode des Individualismus die Gesetzgebung zu beeinflussen: allenthalben gibt es Wünsche nach Berufsvertretungen usw. Das Gefühl des „Genosse-Seins“ wird unzweifelhaft wieder stärker. Das Recht kann solche Verbindungen zur gegenseitigen Hilfe, insbesondere Organisationen der einzeln Schwächeren anerkennen und fördern, eventuell auch durch zwingende Normen schaffen. Wie weit man hierin geht, richtet sich nach einem jeweiligen Kompromiß mit dem Freiheitsgefühl; wieweit man gehen soll, wird an anderer Stelle untersucht werden.

6. Zweckmäßigkeit.

Eine Sonderstellung unter den Rechtsideen nimmt die Zweckmäßigkeit ein: Sie bedient sich aller anderen Ideen und ist in Wahrheit ihr letztes Ziel. Aber sie kann auch selbstbewußt als Rechtsidee wirken und wird es auch tatsächlich zusehends immer mehr und mehr: als egoistische Zweckmäßigkeit für den Rechtsetzenden oder für das Wohl anderer, die vom Recht Hilfe begehren, als technische Zweckmäßigkeit zur besten Durchführung irgend eines (anderswie bestimmten) Zieles und als zielsetzende Zweckmäßigkeit. (Idee des größtmöglichen allgemeinen Wohles). Eigentümliche Problemstellungen der Ethik (die Gegnerschaft utilitaristischer Systeme mit anderen) und gewisse tatsächlich-psychologische Zusammenhänge (man fragt direkt, ob ein Rechtssatz gerecht ist, dagegen, ob er dem allgemeinen Wohle zweckmäßig diene, weil hier die Beziehungen in der Regel viel vermittelter und die Erwägungen komplizierter sind) haben diese Zusammenfassung von an sich recht Verschiedenartigem unter dem Namen des Zweckprinzips mit sich gebracht.

Die allgemeine Zweckmäßigkeit, das Prinzip des Gemeinwohls, ist den anderen Rechtsideen der Gerechtigkeit etc. nur psychologisch koordiniert, keineswegs logisch d. h. vom Standpunkt des Sein-Sollenden. Vielmehr gehören in diesen Belang alle Rechtsideen vor den Richterstuhl der allgemeinen Zweckmäßigkeit bzw. fließen als bedingte Teilzwecke in sie ein, die sich auch im allgemeinen (wenn auch nur im allgemeinen und nicht in allen Einzelfällen) in und durch diese Ideen durchsetzt; es ist von diesem Standpunkt aus zu fragen, ob heute (im allgemeinen resp. im Spezialfall) Gerechtigkeit oder Billigkeit sozial zweckmäßig ist usw.

Der Utilitarismus erhebt keineswegs — was ihm manchmal vorgeworfen wird — den Anspruch, die Welt, den Staat, die Sittlichkeit, das Recht, ohne irrationale Reste zu erklären. Er ist nur als teleologisches, als normatives Prinzip ausschließlich. Kausal-deskriptiv ist der vorgestellte Nutzen nur e i n Motiv unter anderen. Dies sicherlich psychologisch-unmittelbar. Ob hinter den richtigen und (meist) falschen (anscheinend d. h. im Bewußtsein letzten) Ideen und bewegenden Theorien immer, manchmal oder vielleicht auch gar nicht, ob ebenso hinter einem mechanistisch-automatischen Geschehen als weitere Ursache oder als „Zielnotwendigkeit“ der Nutzen steht; oder ob dies alles dem Nutzen nur aus anderen Gründen tatsächlich immer oder manchmal oder gar nicht, (d. h. nur mitunter zufällig) dient: das sind Grundprobleme heutiger Biologie und Soziologie, die hier in ihrer Allgemeinheit natürlich nicht aufgerollt werden sollen. Aber jedenfalls ist es unberechtigt, Jhering und seiner Schule entgegenzuhalten, daß die Zweckmäßigkeiten meist entweder nicht bewußt oder falsch sind, wie dies etwa Berolzheimer tut. Gewiß ist das „Gesetz der verschleiernenden Motivierung“ richtig, die Tatsache, daß der psychologische Hebel für Veränderungen, die im Resultat nützlich und notwendig sind, meist etwas objektiv Unwahres ist. Aber das veranlaßt deskriptiv nur die Unterscheidung zwischen der bewußt und der unbewußt auf dem Wege der Zielnotwendigkeit wirkenden Zweckmäßigkeit (sei es durch falsche Utilitätsargumentation, sei es auf anderen Wegen). Entstehungsgrund des Strafrechts war Vergeltung, soziale

Funktion, Gesellschaftsschutz. Diese Funktion, mag sie nun schon bei der Entstehung hinter der Vordergrundsansicht gestanden oder erst später hinzugetreten sein, dieser unbeabsichtigte Nutzen, „objektive Zweck“ eines Instituts ist sowenig als aus der Absicht der Gesetzgeber aus dem vorliegenden Gesetz, vielmehr aus dem Leben zu entnehmen. So ist z. B. der Einwand gegen Jherings Grund des Besitzesschutzes als Schutz des wahrscheinlichen Eigentümers, daß das positive Recht die Einrede des Eigentums im Besitzprozeß verbiete, ganz unsinnig. Würde diese Bestimmung wirklich gegen den objektiven Zweck verstoßen — was nicht der Fall ist, da das Gesetz nur generell regeln kann und meist eben die Eigentumseinrede die ganze Raschheit (den Zweck) des Besitzesschutzes illusorisch machten — so würde vorausgesetzt, daß dies wirklich ein und zwar der maßgebende Zweck dieser Einrichtung für das Leben ist und wenn nicht andere kreuzende oder mitlaufende ebensowichtige Zwecke dieses Verbot etwa forderten, nur das daraus folgen, daß de lege ferenda dieses Verbot zu fallen hätte.

Vielfach rechtsbildend sind aber in der Tat auch bloß vermeintliche Zweckmäßigkeiten irgendwelcher Art, die in Wahrheit üble Folgen haben oder bestenfalls illusorisch sind. Der vielleicht häufigste Anlaß ist in dieser Sache der, daß jemand, dem es schlecht geht, von einer rechtlichen Maßregel Abhilfe erhofft, dabei aber übersieht, daß er nicht der bleibende, sondern nur der durchgehende Rechtsgenießer sein wird. Manche verkehrte Maßnahme der Volkswirtschaftspolitik, insbesondere mancher Zoll ist so entstanden: Man vermeinte dem Bauer zu helfen, aber der Preisaufschlag wurde auf der einen Seite kapitalisiert, half also nur dem derzeitigen Bodenbesitzer, nicht dem Bauernstand, und bewirkte auf der anderen Seite ein Steigen aller Preise bzw. eine Geldwertverminderung.

Unter den Gesetzen, die beabsichtigtermaßen nicht dem allgemeinen, sondern dem besonderen Wohl einer Gruppe dienen sollen, sind solche zu Gunsten solcher Hilfsbegehrender wenigstens heute und den bewußten Zwecken nach häufiger als solche aus egoistischen Motiven der Rechtssetzenden kurzschichtiger oder weitsichtigerer Natur, die selbstverständlich gerade aus wohlverstandenen Egoismus dem allgemeinen Wohl entsprechen können, um die Henne auszuwachsen zu lassen, die die goldenen Eier legen soll, oder um durch Zufriedenheit die Herrschaft zu stützen. Ob denjenigen, die vom Recht Hilfe begehren, gewillfahrt wird, ist eine Frage der Gerechtigkeit, der Billigkeit, des ethischen Gefühls, Freiheits- oder Solidaritätsgefühls, der Frage, ob sie dem allgemeinen Wohl ihrerseits besonders förderlich sind oder sein könnten und dazu diese Hilfe gebrauchen in Abwägung mit dem Schaden dieser Hilfe auf der anderen Seite, schließlich der egoistischen Zweckmäßigkeit der Rechtsschaffenden (z. B. Gefährdung bzw. Stützung der Herrschaft usw.).

Die obersten Ziele, in deren zweckmäßigen Dienst das Recht der Absicht der Setzenden nach stehen sollte und soll, sind ziemlich mannigfach. Daß unseres Erachtens allein das Ziel des größtmöglichen allgemeinen Wohles berechtigt ist, in das diese Ziele nur als unter Umständen bedingt berechnete Durchgangsziele einfließen, ändert nichts an ihrer psychologisch-tatsächlichen Selbständigkeit. Aber ob man nun das Recht ansieht als ein Mittel zur Vorbereitung der civitas

dei oder zur Herbeiführung einer Evolution der Menschheit, zur Züchtung des Übermenschen oder zum Aufbau der (objektiven) Kultur, immer ist auch in diesen Fällen der „Zweck Schöpfer des ganzen Rechts“, sind diese religiösen oder ethischen Ideen (ebenso wie eigentlich meist auch die früher besprochene Idee der Freiheit im materiellen Sinn) keine Rechtsideen in unserem technischen Sinn. Sie sind keine unmittelbaren Postulate an das Recht, sind nicht unmittelbar Inhalt des Rechts wie Gerechtigkeit und Natürlichkeit, sondern sind nur allumfassend oder partiell gedachte Rechtszwecke, Ziele, denen das Recht möglichst zweckmäßig angepaßt sein soll. Dagegen erscheinen sie allerdings ebenso wie die Rechtsideen (im Unterschied zu den bewußt mittelbaren Zwecken) als Selbstzwecke im rechtsschöpfenden und rechtswertenden Bewußtsein. Es kann dabei auch partielle Selbstzwecke geben, wie man z. B. der Meinung sein kann, es diene ein Teil der Rechtsordnung der Förderung des Seelenheils (oder habe ihm zu dienen) und dies als nicht weiter zurückführbares Gut ansehen kann. Den Gegensatz hiezu bilden vielmehr die bewußt mittelbaren Zwecke, wie z. B. die Herstellung der „Ordnung“, die einem naiven Populärbewußtsein mitunter als alleiniger, aber jedenfalls mittelbarer Rechtszweck erscheinen mag, oder — ein mittelbarer partieller Zweck — die besprochene „Natur der Sache“.

Deskriptiv einer dieser Rechtszwecke, normativ der einzig berechnete ist der der Förderung des Gemeinwohls. Man kann es auch eine Rechtsidee nennen, weil es — vermöge besprochener Umstände — mit dem Durchführungsmittel der Zweckmäßigkeit gedanklich eng verknüpft ist. Genauer ausgedrückt handelt es sich um die Herbeiführung des größtmöglichen allgemeinen Wohles, um die Maximisation der Lust, soweit dies auf dem Wege des Rechtes irgendwie gefördert werden kann. Im besonderen gehört hierher das nationalökonomisch, schließlich das weltökonomisch Fördernde, um Evolution der Bevölkerung, Selektion zur Erzielung gesunder, wertvoller und glücklicher Nachkommen, staatliche Beförderung des Wertvollsten usw. Es handelt sich sowohl um das Gemeinwohl im engeren Sinne, um das Wohl der Allgemeinheit, das, wenn auch ein sehr wichtiger Durchgangspunkt, natürlich nur dann Sinn und Wert hat, wenn es schließlich zum Glück der Individuen führt; als auch — scheinbar damit unlöslich antinom, in Wahrheit Gegenstand einer allerdings schwierigen Wertabwägung — um das Wohl der einzelnen Individuen. Wer im Kollisionsfall zu genießen berechtigt ist, darauf geben die herrschenden Gerechtigkeits- und Billigkeitsgefühle die tatsächlichen jeweiligen Antworten. Vom Standpunkt des Sein-Sollenden wird dies alles bei den „Prinzipien des besten Rechts“ zu besprechen sein.

Was die besonderen bewußterweise bloß Durchgangspunkte bildenden Zwecke der einzelnen Rechtsnormen betrifft, so können das solche sein, die dem Wortlaut der Norm näher oder ferner stehen, daher, wie man einem gewissen Gefühl folgend sagen könnte, innere und äußere Zwecke, unmittelbarer oder vermittelter sind. So scheint es der nächste Zweck jeder Strafe zu sein, den speziellen Verbrecher zu bessern oder unschädlich zu machen; allein die Hauptsache ist die allgemeine Abhaltung von solchen mit Strafe bedrohten Taten durch Setzen eines Gegenmotivs. Mitunter kann der Zweck noch weiter „außerhalb“ liegen, wenn man z. B. strenge Strafen für Beleidigungen

oder eine Erweiterung des Ehrenschatzes einführt um Duelle hintanzuhalten. Ebenso erheben Formvorschriften bei Testamenten oder Schenkungen u. dergl. nicht den Anspruch, die zweckmäßigste Regelung für die richterliche Entscheidung zu bilden, sondern sie wollen (aus irgendwelchen Gründen) das Verhalten im Leben beeinflussen. Mitunter wird für diese entfernteren speziellen Zwecke von Normen der Name „Rechtspolitik“ in einem engeren Sinn gebraucht.

Es wird bei Gelegenheiten immer wieder betont, daß Dispositivnormen im Sinne der Verkehrsübung und Verkehrsanschauung aufzustellen sind, weil dies die Raschheit, Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs fördere. Allein auch hier ist solche Rechtspolitik, Beeinflussungen der Verkehrsübung durch das dispositive Recht u. dergl. möglich und daß daran auch die Maßstäbe des Gerechten und anderer Rechtsideen angelegt werden können und angelegt werden, wurde bereits gezeigt.

Nicht anders verhält es sich mit dem formellen Recht. Auch hier ist der nächste und im allgemeinen hauptsächlichste Zweck die möglichst sichere, genaue, rasche, einfache, klare und sparsame Durchführung des Materiellen. Aber es kann mitunter auch das Materielle durch seinen Einfluß zu lenken bestimmt sein (wie z. B. die Beweisumkehrung für die Schadensstiftung durch Automobile und ähnliche privilegia favorabilia oder odiosa im Prozeßrecht) und insofern können unmittelbare Zwecke einer Sozialpolitik (alle unsere im folgenden aufzustellenden Zielprinzipien), alle sonstigen Rechtszwecke und Rechtsideen hereinspielen.

Formales Recht, weil und insofern es dem Schutze und der Durchführung der materiellen Rechtsordnung dient, ist ja auch das materielle Strafrecht. Hier stehen aber ganz besonders Nebenabsichten und bestimmende Gefühle im Vordergrund. Es ist ja ursprünglich aus der Rache des Einzelnen hervorgegangen. Da diese antisozial wirkt, wird — nebst religiösen Strafmotiven — die psychologische Befriedigung des beleidigten Gefühls durch eine Vergeltungsstrafe von der Gesamtheit übernommen. Dieses Stadium ist heute im Rechtsbewußtsein noch keineswegs erloschen und wirkt vielleicht auch in gewissen (teils aus anderen Gründen zweckmäßigen, teils unzweckmäßigen) Einzelbestimmungen nach: so darin, daß die Strafe nach der Schwere der Tat, mitunter sogar des Erfolges abgemessen wird, nicht nach Maßgabe der sozialen Gefährlichkeit des Täters, bzw. als gerade hier in dieser Schwere wirksames Gegenmotiv;*) teilweise vielleicht wohl auch in der Einschränkung des strafbaren Versuches auf Ausführungshandlungen (was kaum aus Schwierigkeiten juristischer Technik [Beweis] ehemals entstanden ist) u. a. Dann folgt die Rache der beleidigten Gesamtheit, weil ihre Normen verletzt wurden (Kant, Binding; das Institut des öffentlichen Anklägers bzw. des Inquisitionsverfahrens,

*) Der übliche Einwand gegen die Theorie der Strafdrohung als eines Gegenmotivs, das dann tatsächlich die sog. leichteren Delikte, deren Gelegenheit näher liegt und deren Versuchung größer, mit den schwereren Strafen zu bedrohen wären, ist ungerechtfertigt. Denn es wäre das eine Prämie auf die Angriffe auf höhere Güter, würde nicht ein Motiv darstellen, lieber das leichtere Delikt zu begehen als das schwere, sondern oft sogar umgekehrt. So war die Todesstrafe auf Diebstahl geradezu eine Aufforderung an die Diebe, Raubmörder zu werden. Denn dies schaffte größere Sicherheit gegen Entdeckung und Überführung und die allfällige Strafe war doch nicht schwerer. (So schon Thomas Morus in seiner „Utopia“.)

wiewohl ja hier sicher praktische Gründe, die Mehrung landschädlicher Verbrecher mitbestimmend waren). Heute wird es allmählich bewußt, daß aller Zweck des Strafrechts Gesellschaftsschutz ist und zielnotwendig bei wechselnden bewußten Zwecken und Motiven im großen und ganzen war, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, z. B. Hexenverbrennungen, aber ohne ein einigermaßen diesem Zweck entsprechendes Strafrecht hätte sich ja eine Ordnung überhaupt nicht aufrechterhalten lassen. Und man beginnt, Tatbestände und Strafen kriminalpolitisch aufzustellen, wiewohl ja immer noch Rechtsideen, wie dargelegt, eine große Rolle spielen.

Es ist aber für Detailfragen gar nicht gleichgiltig, aus welchen Gründen man zu strafen meint. So z. B. in der Frage des Strafausschließungsgrundes der sog. Unzurechnungsfähigkeit. Der Begriff des geisteskranken, anomalen Menschen ist fließend. Die Strafe hat richtigerweise zu unterbleiben, wenn der Zustand des Verbrechers z. Z. der Tat derart war, daß die Strafdrohung sein Handeln nicht beeinflussen konnte, sofern nicht das Unterbleiben der Strafe in solchen Fällen die Zwecke der Generalprävention vereitelt. Sonst hätten sichernde Maßnahmen (mit nicht nur anderem Zweck, sondern auch gänzlich anderer Organisation der Sache) einzutreten. Wenn man aber aus Gerechtigkeit straft, so handelt es sich darum, wann und was nach jeweiligen Begriffen gerechterweise zuzurechnen ist.

Einen besonderen Raum innerhalb der Zweckmäßigkeitserwägungen nehmen Rücksichten auf materielle Ökonomie ein: Berücksichtigung der Durchsetzbarkeit, Abwägung des Wertes des hiezu nötigen Apparats gegenüber dem Wert des Durchzusetzenden; Ersparnis an Justizpersonal, Hinwegräumen überflüssiger Formen, zur Entlastung des Verkehrs u. a. m. Leider viel weniger auf geistige Ökonomie; wenigstens bewußterweise, da ja die vereinheitlichende Tendenz der Rechtswissenschaft, der Systematik und Konstruktionen sowie die Scheu vor dem Neuen in dieser Richtung wirkt. Aber einfachere und klarere Gesetze würden nicht nur Denk- und Zeitersparnis für diejenigen bedeuten, die in Theorie und Praxis (also insbesondere auch der Vertragsschließenden) das Recht erkennen und kennen wollen oder sollen, sondern würde auch durch die damit verbundene Rechtssicherheit dem Verkehr Arbeit und Rechtsstreite ersparen und diese einfacher, rascher gestalten. Hierher gehört übrigens auch Jherings Rechtsökonomie; dasselbe Rechtsinstitut kann (zugleich oder nacheinander) verschiedenen Lebenszwecken dienen. Dies kann sehr gut sein; nur ist in diesen Fällen ein neuer Beweis zu führen, daß diese Normierung auch dort zweckmäßig ist und wenn sie es im minderen Grade ist, zu erwägen, ob dieser Wertverlust durch die Wertersparnis der Ökonomie aufgewogen wird. In praxi wird dieser Ökonomie wohl weit mehr als recht ist, nachgegangen und nachgegeben.

Dies hängt auch damit zusammen, daß Gesetzgebung vielfach nur unter großen Durchführungsschwierigkeiten möglich ist, die in Beharrungswiderständen, technisch-parlamentarischen und vielleicht auch sonstigen Ausführungshindernissen bestehen. Es ist allerdings Gegenstand einer berechtigten Wertabwägung, ob die Vorteile des Neuen diese „Kosten“ übertreffen. Aber darauf besonders aufmerksam zu machen, ist wohl unnötig, da dies heute die sicherlich ausgebildeteste und meistgeübte unter den Wissenschaften und Künsten de lege ferenda ist.

3. Teil

Die Prinzipien des besten Rechts.

I. Allgemeines und der oberste Rechtszweck.

In den Ablauf der im Vorhergehenden beschriebenen Rechtssetzung ist ein wissenschaftlich-normatives Eingreifen möglich. Denn es gibt nicht nur unabänderliche (unbedingt oder nur bei gewissen Gesellschaftsformen giltige) soziologische Gesetze, sondern es gibt auch durch menschlichen Willen abänderbare und zwar durch Hinwegräumen der sie hervorbringenden Ursachen (der speziellen Kräfte oder der Organisationsform, in der sie wirksam sind) oder durch Setzung von die Wirkung durchkreuzenden Kräften, so daß das Resultat aufgehoben oder modifiziert wird. Im besonderen wird zwar das jeweilige Rechtsideal durch Rechtsideen gebildet, die durch die jeweiligen Bedürfnisse gelenkt werden. Aber etwas (wenn auch größtenteils falsche und nicht auf den Grund der Sache gehende) theoretische Argumentation wird jedenfalls getrieben, die doch nicht nur durch die spezielle Praxis bestimmt, sondern mit dieser in Wechselwirkung steht. Und diese Sophismen beginnen so wie auf allen Gebieten so auch auf dem der Rechtssetzung als solche, als bloße bedingt geltende Halbwahrheiten bewußt zu werden. Wenn das aber der Fall ist, wenn man es erkennt, daß der Zweck der Schöpfer oder mindestens Richtigkeitskriterium des ganzen Rechts sein solle, so kann und muß gleichzeitig für jene schwindenden Intuitionen Ersatz in wissenschaftlich klaren Prinzipien gesucht werden, denen folgend das Recht gesetzt werden soll, soll nicht planloses Herumtappen und Experimentieren oder gar der Glaube sich breit machen, daß es hier überhaupt nichts (wenn auch bedingt) Richtiges d. i. Zweckmäßiges und Zweckmäßigstes, sondern nur mit Sophismen verhüllten Egoismus von Klassen oder Interessengruppen gebe, für deren Widerstreitslösung — denn die Bedürfnisse und mit ihnen die Meinungen sind vielfach kontrovers — nicht irgend eine Berechtigung, sondern nur die Macht maßgebend sei. Dem gegenüber ist durch die Tat zu zeigen, daß Prinzipien jeweils besten Rechtes möglich sind, die dazu dienen sollen, geltendes und sonst vorgeschlagenes Recht daran zu messen und selbst auf wissenschaftlichem Wege Gesetzesvorschläge zu entwickeln.

Man hat es auch auf dem Gebiete des Rechtes noch nicht ganz aufgegeben, der Tunlichkeit dieser Dinge mit dem Satze von der natürlichen Selbstregulierung zwischen Bedürfnissen und Befriedigungsmitteln zu begegnen. Gewiß ist die Tatsache, daß das Bewußtsein hier eine Rolle spielt, noch keine Instanz dagegen. Wohl aber die Tatsache, daß die Instinkte zu schwinden beginnen und die Sophismen als solche bewußt werden. Und wenn man denken kann, so ist

vielleicht auch dies von der natürlichen Selbstentwicklung zielnotwendig eingeführt, jedenfalls soll man dann auch denken. Und vor allem kann man es vielleicht doch noch besser machen als durch jene natürliche Selbstregulierung, inhaltlich besser und methodisch dadurch, daß man das Andringen unbefriedigter Bedürfnisse, die sonst erst das Streben nach Abhilfe hervorrufen, zweifellose Unwerte, dadurch hintanhält, daß man sie theoretisch vorausschauend befriedigt. Und man kann durch geschickte rechtliche Normierung ganz neue vom Bedürfnis noch nicht unmittelbar verlangte Lebensgüter planmäßig schaffen oder mindestens ihre Entstehung veranlassen oder fördern. Daher beweist es auch keine sog. Bewährung in der Praxis oder vorhergehendes praktisches Bedürfnis nach dieser Ordnung bzw. Usance dieses Inhalts, sondern nur prinzipielle Überlegung im Sinne der folgenden Erörterungen, daß irgend ein Gesetz wirklich bestes Recht ist. Besser, den neuen Verhältnissen angepaßter als die alten sind die neuen Gesetze ja in aller Regel; aber sehr häufig könnten sie noch viel besser sein. Und selbst von alledem abgesehen: wir haben heute tatsächlich sehr viel schlechtes Recht.

Und die Auffindung solcher Prinzipien besten Rechts ist auch nicht durch Einzelwissenschaften de lege ferenda ersetzbar. Diese sind freilich zur praktischen Brauchbarkeit der Prinzipien nötig, da sie die konkreten Umstände erforschen, die in jene Formeln als spezielle Werte einzusetzen sind. Und wie alle grundlegenden philosophischen Wahrheiten — wie der Satz vom Widerspruch, das Motivationsgesetz, die mathematischen Axiome usw. — scheinen diese Sätze, einmal ausgesprochen, banale Selbstverständlichkeiten zu sein. Aber wie diese anderen haben auch sie nicht nur theoretisches Interesse, sondern auch wichtige praktische Funktionen. Denn die Einzelwissenschaften de lege ferenda schwebten ohne diese Prinzipien in der Luft. Nicht nur heuristischen und systematischen Wert haben sie. Wenn nicht bis zu ihnen zurückgegangen wird, können alle Vorschläge de lege ferenda nichts sein als Apellationen an dunkle Gefühle: alte verjährte Irrtümer drängen sich vielfach vor, Denkgewohnheiten spielen eine große Rolle oder im Gegensatz dazu glauben die Leute, wenn es ihnen schlecht geht, gern an Utopien; ferner — und das ist die Hauptsache — folgt engherzig egoistische (oftmals sogar für den Egoismus irrümliche) Politik mit allem Elend von Klassenkämpfen und Parteiherrschaft. Hier heraus führt nur, aber führt auch tatsächlich wissenschaftliche Abwägung der Werte. Denn diese Dinge sind, wie zu zeigen sein wird, keine Machtfrage und was darüber argumentiert wird, war zwar bisher meist Bedürfnissophistik, aber braucht es nicht zu bleiben.

Daß hier der Sozialwissenschaft und der Rechtsphilosophie ein erhabenes Ziel gesteckt ist, hat Rudolf Stammler schön erkannt und begeisternd ausgeführt. Aber die Prinzipien die er aufstellt, sind nicht nur unrichtig, sie wären auch zur Ausführung dieser Gedanken keineswegs brauchbar, da sie nur *G r e n z e n* angeben, jenseits deren richtiges Recht angeblich nicht möglich ist. Sie wurden auf induktivem Wege durch Kantorowicz, Kohler, Berolzheimer genügend widerlegt. Sie sind falsch, weil sie auf einer falschen Ethik beruhen.

Allein die Argumente der genannten Kritiker treffen nur Stammlers Prinzipien, nicht allgemein die Möglichkeit richtigen (d. i. in unserem Sinn jeweils bestes) Rechts. Die aufzustellenden Prinzipien behaupten

nicht wie die Stammlers, daß niemand zum Objekte eines anderen herabgewürdigt werden dürfe. Tatsächlich war die Sklaverei, waren Kriegerrecht usw. aus evolutionistischen Gründen, d. i. umwillen viel größerer Entwicklungswerte unter den damaligen Umständen historisch richtig, zweckmäßig. Es gibt keinen Rechtssatz, von dem man a priori ohne Erwägung der Umstände und Einsetzung in die Prinzipien sagen könnte, er wäre unzweckmäßig, es sei denn, der Satz wäre in sich widerspruchsvoll, unmöglich. Es gibt nach unseren Prinzipien in concreto nur ein unter bestimmten zeitlich-örtlichen Verhältnissen und Umständen (Kohler: Kulturzuständen) bestes und daher in diesem Sinn richtiges Recht, wie und weil es allgemein auch nach richtiger Ethik nur nach Umständen gutes, bestes, richtiges Verhalten gibt.

Aber so gewiß Kohler und Berolzheimer richtig betonen, daß das Recht der jeweiligen Kultur entsprechen müsse, so wäre ein Nichtentsprechen doch nur daran zu konstatieren, daß sich ein Sturm erhebt und dieses Recht weglegt; und man muß keineswegs bei dieser Formulierung, die übrigens auch nur Grenzen angibt, stehen bleiben.

Gewiß wechseln die Bedürfnisse und mit ihnen die Werte. Aber es ist möglich, relativ bedingte Normen zu geben, Prinzipien aufzustellen, die antinom sind, deren bloß zeitlich-örtlich nach den momentanen Umständen abzuwägendes Kompromiß das Richtige bildet. Es ist dies möglich, indem man die Möglichkeiten ethisch berechtigter Bedürfnisse, soweit und wie sie rechtlich durchsetzbar oder stützbar sind und die Möglichkeiten der Konflikte und ihrer Lösungen in Betracht zieht. Und es ist möglich, weil ja die Ethik überhaupt die schließlichen berechtigten Endziele menschlichen Handelns darlegt, innerhalb deren das Recht als Produkt bewußten Zweckhandelns, als ein Mittel im Dienste jener allumfassenden Ziele, die die Ethik aufstellt, Durchgangszwecke angewiesen bekommen muß.*)

Natürlich darf man nicht meinen, daß dann der Rechtsschaffende, wenn er das beste Recht erkannt hat, nun unbedingt nur solches setzen wird: aus Trägheit, technischen Hindernissen, durch Agitationen irgendwelcher unvernünftiger Art gedrängt oder genötigt, schließlich aus bösen (insbesondere egoistischen) Motiven kann bewußt schlechtes Recht gesetzt, vielmehr noch stehen gelassen werden. Nicht unrichtiges Recht entsteht dagegen, wie Stammler meint, aus Unfähigkeit der Durchführung; denn — und mitunter gehören die obigen Fälle teilweise auch hierher — man soll nichts Unmögliches wollen und nicht solches, das größere Werte aufopfert. Es verstoßen solche — sehr häufige — Rechtsnormen nur gegen die Inhaltsprinzipien, sind aber gerechtfertigt durch die Prinzipien der besten Setzungsmethoden.

Dieses allumfassende Ziel aber, das die Ethik aufstellt, ist das größtmögliche Wohl, das Prinzip der Maximisation der Lust. Nicht bloß momentaner Lust, sondern auf die Dauer unter Berücksichtigung evolutionistischer Werte; nicht Einzelner oder einzelner Kreise, sondern

*) Diesen Satz zu begründen und dem (zweckmäßigen) Recht seinen Platz innerhalb des allgemeinen Zwecksystems der Ethik anzuweisen — ein normatives Problem, das wohl zu unterscheiden ist von der Frage der Abgrenzung des tatsächlichen Rechts gegen die tatsächliche Moral (vgl. 1. II.) — ist Sache der Wissenschaft der Ethik, weil dieses Problem nur in diesem Zusammenhang behandelt werden kann. Vgl. hierüber Höffding Ethik XXXVII, dessen Lösung meines Erachtens nichts hinzuzufügen ist.

Aller. Allerdings handelt es sich in praxi wegen tatsächlichen In-Betracht-Kommens und auch vielfach aus evolutionistischen Gründen meist nur um Erwägung bezüglich kleinerer Kreise; denn das österreichische Recht z. B. wäre gar nicht in der Lage, auf den Glückszustand der Hottentotten irgend einen Einfluß zu nehmen und wenn das deutsche Kolonialrecht die Eingeborenen hintansetzt, so geschieht es um berechtigter evolutionistischer Interessen willen.

Es ist Sache der Ethik, nicht der Rechtsphilosophie, dieses allgemeine Prinzip zu begründen.*) Allein um dem Standpunkt derer Rechnung zu tragen, die, obgleich unberechtigtweise, an die Existenz außereudaimonistischer „absoluter“ Werte glauben, könnte man für unsere Zwecke statt an „Maximisation der Lust“ „Maximisation der Werte“ setzen — Ausdrücke, die sich bei richtigem Wertbegriff decken — und so unsere folgenden Untersuchungen von dieser Kontroverse als Voraussetzung befreien, da dies für die Aufstellung der formalen Prinzipien des besten Rechts gleichgiltig ist. Natürlich aber nicht gleichgiltig bei ihrer Anwendung.

Die Maximisation der Lust (bzw. der Werte) ist auf dem Wege des Rechtes nur dann und soweit zu fördern, als eben der Weg des Rechtes — gegenüber anderen Wegen — der dazu (weil sicherste oder rascheste oder billigste etc.) zweckmäßigste ist.

Der Gedanke, aus dem Prinzip der Maximisation der Lust das beste Recht abzuleiten, ist an sich nicht neu. Er bildet ja gerade das Verdienst Benthams, während das Greatest-happiness-Prinzip als solches schon von älteren Denkern aufgestellt worden war. Allein seine Durchführung bei Bentham ist verfehlt, weil eine inhaltliche Klassifikation, wie er sie vornimmt, nicht für alle Zeiten möglich ist, und er dabei überdies die geistigen Genüsse kaum berücksichtigt. Es gilt also, diese Aufgabe noch einmal in Angriff zu nehmen und zwar derart, daß man trachtet, aus dem Prinzip des größtmöglichen allgemeinen Wohles besondere allgemeingiltige Prinzipien abzuleiten.

Im Verhältnis zum obersten Rechtsprinzip des größtmöglichen allgemeinen Wohles sind diese besonderen Rechtsprinzipien nur Durchführungsprinzipien und gründen all ihre Geltung auf die oberste Norm. Sie geben nur an, wieweit es möglich ist, allgemein auf Grund der

*) Ebenso ist es im besonderen ein ethisches Problem, wie mit diesem Gesetz jene oben besprochene allerverfeinerteste Gerechtigkeitsidee zu vereinen ist. Für eine Philosophie, wie sie die erkenntnistheoretische Richtung kennzeichnet, die sich Pragmatismus nennt, genügte der Hinweis darauf, daß eine Entscheidung nach dieser letzten Gerechtigkeit der Zweckmäßigkeit nicht widersprechen kann — wiewohl umgekehrt Utilität natürlich auch außergerechte Maßregeln fordern kann —, da jede soziale Zweckmäßigkeitserwägung mit diesen Grundcharakteren der Individuen rechnen muß. Schwierig wie alle Diskussionen über Prinzipien der Ethik ist es, wenn man sich für berechtigt oder verpflichtet glaubt, darüber hinausgehend zu fragen, ob es Gerechtigkeit oder Zweckmäßigkeit ist, die letztlich den Grund für jene im Resultat übereinstimmenden Entscheidungen bildet. Es bleibt kaum etwas anderes übrig als der Hinweis darauf, daß das Maximisationsprinzip axiomatisch einleuchtet, das Durchdenken der Gerechtigkeitsidee aber ein *a u s i h r s e l b s t* nicht lösbares „Warum“ zurückläßt und überdies Gerechtigkeit mit dem (ganz selbständigen) Billigkeitsgefühl in unlöslichem (bezw. nur durch Heranziehung des Maximisationsprinzips löslichen) Widerstreit geraten kann. Das großartigste Beispiel hierfür bietet wohl die unentwirrbare Gegensätzlichkeit der All-Gerechtigkeit und All-Barmherzigkeit Gottes und die Lösungsversuche die notgedrungen Utilitätsargumente heranziehen müssen.

Natur des Menschen und der Dinge formale, bloß unter Berücksichtigung der Umstände mit konkretem Inhalt zu füllende Sätze aufzustellen, nach deren Vorschriften das Recht jeweils gebildet, jeweils das bestmögliche ist. Und wo sie antinom sind, dort handelt es sich darum, wo in concreto der größere (relative) Wahrscheinlichkeitswert ist.

Zu einer exakteren Behandlung dieser Dinge in concreto wäre hier allerdings die Lösung der (wohl nicht hoffnungslosen) Frage nach der Wertmessung und einem allgemeinen (hier brauchbaren) Wertmaßstab Voraussetzung. Allein eine Schätzung ist ja auch heute möglich. Und diese Schätzung wird durch die Zerlegung in die Einzelerwägungen der einzelnen Prinzipien erleichtert.

Es sind diese Prinzipien erstens solche besten Rechtsinhalts und zwar solche der jeweils besten (Durchgangs-) Ziele und solche der jeweils besten Mittel zu diesen Zielen, eine Unterscheidung, die sich, wie bereits ausgeführt, nicht mit der zwischen materiellem und formellem Recht deckt, sich vielmehr beiderlei Prinzipien auf beides beziehen. Und zweitens Prinzipien der besten Rechtsetzungsmethoden, die Inhaltsprinzipien vielfach modifizieren, nicht immer rein zur Geltung kommen lassen. *)

Diese Einteilung unserer Prinzipien sei noch von einer anderen Seite her beleuchtet. In vierfachem Sinn, so lehrt Aristoteles, soll der Staatstheoretiker nach der besten Staatsverfassung forschen: nach der absolut besten Idealverfassung, nach der relativ für bestimmt geartete Menschen, die unter bestimmten Umständen leben, besten Verfassung, nach der besten Einrichtung einer ihrem Grundcharakter nach gegebenen Verfassung und nach der durchschnittlich besten Verfassung. Man kann diesen Gedanken allgemeiner fassen und in diesem vierfachen Sinne nach dem besten Recht fragen.

Die Frage nach dem absolut besten Recht hat dann einen guten Sinn, wenn man ein letztes ethisches Ziel anerkennt. Das höchste und letzte Ziel aller Entwicklung aber ist — wie ich an anderer Stelle zu zeigen beabsichtige — die Ineinsbildung des Egoistischen und des Altruistischen. Ein solcher Gesellschaftszustand bedürfte des Rechtes nicht mehr. Das absolut beste Recht wäre also kein Recht. Oder besser ausgedrückt, da das Ziel im Unendlichen liegt und wirklich zu erreichen nur eine Entwicklung ist, die sich dem Ziele immer mehr nähert: Das Recht ist letzten Endes berufen, sich selbst überflüssig zu machen.

Aber auf dem Wege zu diesem letzten Ziele hat das Recht noch allerhand Zwischenaufgaben zu erfüllen. Diese Aufgaben wechseln und daher wechseln auch die hierfür zweckmäßigsten Mittel. Und auch die Mittel, die jenes höchste Ziel am besten zu fördern geeignet sind, wechseln je nach der derzeitigen Lage. Welches diese jeweils zweckmäßigsten Mittel rechtlicher Natur sind, welches das unter gegebenen Umständen relativ beste Recht ist, diese zweite Frage des Aristoteles sind unsere Inhaltsprinzipien zu beantworten berufen. Auf die dritte Frage nach der besten Ausgestaltung eines Rechtsinstituts bei gegebenem Ziel beziehen sich meine Prinzipien der besten Mittel und der besten Rechtssetzungsmethoden.

*) Eigentlich sind alle diese Prinzipien des besten Rechts allgemeine ethische Prinzipien des jeweils ethisch besten Handelns, nur in unserer folgenden Darstellung den besonderen Zwecken der idealistischen Rechtsphilosophie angepaßt.

Die Frage nach dem durchschnittlich besten Recht ist für unsere Anschauung unglücklich gestellt. Ein solches Recht — ganz allgemein und für alle Zeiten — gibt es nicht. An Stelle dieser Frage hätte die Frage nach dem heute für diesen oder jenen Menschenkreis tatsächlich besten Recht zu treten. Und die Antwort darauf erhält man, wenn man in die abstrakten Formeln unserer Prinzipien die konkreten Worte, die besonderen Umstände des Falles einsetzt. Wenn man dann gewisse Durchschnittsverhältnisse nach Zeit und Ort abgesteckter Kreise zugrunde legt, so kann man — wenigstens für manche Rechtsgebiete — wohl auch zu einem durchschnittlich besten Recht gelangen, das innerhalb ziemlich weiter zeitlich-örtlicher Grenzen Geltung hat.

Es wurde hier nicht der Ausdruck Stammlers „richtiges Recht“ verwendet, obwohl er bereits zum Schlagwort geworden ist. Denn in unserem Sinne handelt es sich um zweckmäßiges Recht; es fördert den Zweck der Maximisation der Lust. Und die Sache ist ja auch graduell, es gibt ein zweckmäßigeres und ein weniger zweckmäßiges Recht. Und dann hätte Stammlers Prinzipien seiner Meinung nach all und jeder Rechtssatz zu entsprechen. Die aufzustellenden beziehen sich aber nur in ihrer Gesamtheit auf die ganze Rechtsordnung. Jeder einzelne Rechtssatz ist nur die Erfüllung eines Postulats, eines Prinzips, nur mitunter zufälligerweise gleichzeitig mehrerer. Und zweckmäßigstes, jeweils bestes Recht ist, wie gesagt, häufig ein Kompromiß antinomer Forderungen, sei es auf Grund antinomer Prinzipien, sei es auf Grund entgegenstehender Interessen. Wir nennen also aus dargelegten Gründen das in einer Lage zweckmäßigste das beste Recht.

II. Die Prinzipien des besten Inhalts.

1. Die Prinzipien der besten Ziele.

Prinzip der Freiheit.

Im allgemeinen weiß jeder selbst am besten, was ihm frommt und das Gefühl der freien Selbstbestimmung oder Mitbestimmung ist selbst ein großer Genußwert. Daher folgt aus dem Prinzip der Maximisation der Lust, daß jedes Menschen (nicht auch der künstlichen Rechtspersönlichkeiten) Tun soweit von rechtlicher Normierung frei zu halten ist, als nicht anders größere Werte, als nicht eines der folgenden Zielprinzipien dagegen sprechen. Das bedeutet natürlich nur Freiheit der Person von Rechtszwang, nicht etwa Freiheit des Verkehrs (Formlosigkeit u. dergl.), worüber die Mittelsprinzipien entscheiden; auch nicht Freiheit von gesellschaftlichem Zwang, worüber in Sachen der individuellen und sozialen Interessenkollision zu handeln sein wird. Es folgt aber weiter daraus, daß diese Freiheit (durch die hierfür zweckmäßigsten adäquaten Mittel, siehe dieses Prinzip) zu schützen ist, (nach dem Prinzip der individuellen oder sozialen Interessenkollision) wozu bereits eine Rechtsordnung notwendig ist. Wo eine Zwangsorganisation nötig oder zweckmäßig ist, d. h. die Werte, die dadurch entstehen, voraussichtlich die Unwerte der Freiheitsminderung aufwiegen werden (nach dem Prinzip der sozialen Fürsorge), dort ist das Freiheitsprinzip doch insoweit zu wahren, als Selbstregierung durch die Mitglieder (nach Maßgabe ihrer Interessen: Prinzip der individuellen Interessenkollisionen) stattzufinden hat, soweit nicht das Prinzip der falschen Wertungen dagegen spricht oder Interessenkollisionen (besonders zwischen Majoritäten und Minoritäten) möglich sind und durch rechtliche Einrichtungen richtig entschieden werden können.

Soweit also nicht die folgenden untergeordneten Zielprinzipien Korrekturen gegenüber diesem allgemein-subsidiären Freiheitsprinzip beinhalten, hat sich die Rechtsordnung eines Eingriffs zu enthalten. Doch schränken zu zweckmäßiger Durchführung anderer (durch die Zielprinzipien gerechtfertigten) wichtigerer Zwecke (vorausgesetzt, daß diese Durchführung auf anderen Wegen nicht oder nur unter Aufopferung größerer Werte als dieser Freiheitswert möglich ist oder ihre Unsicherheit einen größeren Unwert bedeutete) mittelbar auch die Prinzipien der besten Mittel, mitunter die Freiheit ein: so, sind z. B. zwar die auf Grund des Satzes, daß Unkenntnis des Strafgesetzes nicht entschuldigt, verhängten Strafen dem Ziele nach ungerechtfertigte, weil unnötige Eingriffe in die Freiheit der Individuen; denn in solchen Fällen kann die Strafdrohung unmöglich präventiv wirken. Denn daß sie zum Studium des Strafrechts durch die als Deliquenten in Betracht kommenden Personen, also vorzugsweise der Ungebildeten

und Ärmsten, aneifern würde, ist nach der heutigen Lage der Dinge ausgeschlossen. Aus technischen Gründen ist dieser Satz aber — wirklich oder mitunter vielleicht auch nur angeblich — heute notwendig.

Prinzip der falschen Wertungen.

Der wirkliche Wert eines Gutes für ein bestimmtes Individuum und seine tatsächliche Wertung decken sich nicht immer. Diese Tatsache, von der die nationalökonomischen Theoretiker bei ihren Forschungen über den Wert, bei der Aufstellung des Grenznutzensgesetzes absehen konnten, weil sie ja mit dem homo oeconomicus, dem durchaus verständigen und vernünftigen Egoisten operierten, ist für die Rechtsphilosophie (und wäre für eine methodische Theorie der Volkswirtschaftspolitik) von größter Wichtigkeit.

So ist es z. B. möglich, daß ein Patient an die Heilwirkung eines Medikamentes nicht glaubt, die der Arzt richtig erkennt. Denn der subjektive Wert ist zwar eine Relation zwischen Subjekt und Gut, aber die Relation als solche ist natürlich durchaus objektiver Natur; die Tatsache der Abhängigkeit eines Nutzens (absoluten Wertes, Teilursache einer Lust oder Unlustverhütung) von dem zu wertenden Gute (das in diesem Sinne natürlich keineswegs ein Sachgut sein muß) eine Relation, die besteht, auch wenn niemand sie richtig oder überhaupt feststellt.

Das gilt wenigstens dann, wenn man anerkennt, daß die Kausalität objektiver Natur ist (die Tatsache der Förderung meiner durch das Gut) und wenn man bedenkt, daß auch das Vorhandensein und das Mir-Zugänglich-Sein bzw. Nicht-Vorhanden-Sein und Nicht-Zugänglich-Sein von Gütern gleicher Art eine objektive Tatsache ist. Und dem verschlägt auch nichts, daß diese Förderung psychischer Natur sein kann, letztlich sogar immer sein muß, weil der letzte Wert aller Werte die Gefühle sind, und daß das Mir-Zugänglich-Sein eines Gutes häufig davon abhängt, ob ich um sein Vorhandensein und um seine Wirkungsmöglichkeit weiß. Denn das ist zwar an sich subjektiv, aber fürs Werturteil Objekt und vom Werturteil unabhängig. Es ist also das in keiner Weise eine Schöpfung des Wertungsaktes, wie etwa Ehrenfels behauptet, in keiner Weise eine Zutat des wertenden Subjekts als eines wertenden. Ein allerdings subjektiver Bestandteil des Werturteils kann die Abschätzung der Möglichkeit oder der Wahrscheinlichkeit sein, daß ein Gut Grenznutzen besitzen werde. Denn realiter gibt es nur Notwendigkeit und die Begriffe der Möglichkeit und der Wahrscheinlichkeit entstehen nur infolge unserer beschränkten Erkenntnis. Allein auch diese Schätzung kann intersubjektiv und methodisch richtig oder aber falsch vorgenommen werden. Und wenn das wertende Subjekt irrt, so wird dadurch weder die objektive Tatsache des Wertes, noch die intersubjektive seiner Möglichkeit oder seiner Wahrscheinlichkeit alteriert.

Und daß diese objektive bzw. intersubjektive Relation des Wertes für andere als die Betroffenen grundsätzlich unerkennbar wäre, wird ernsthaft wohl niemand behaupten wollen. Es wurde schon darauf hingewiesen, wieso man fremde Bedürfnisse annähernd richtig und oft besser als der Bedürftige erkennen kann. Und die Befriedigungsmittel überhaupt und die Tatsache der Abhängigkeit der Bedürfnis-

befriedigung von diesem Mittel, den Grenznutzen dieses Mittels kann derjenige am besten finden und beurteilen, der in diesem Punkte das meiste Wissen besitzt.

In der Regel ist der nächste hiezu allerdings der Bedürftige, in der Regel wird dieser richtiger werten als andere. Aber diese Regel hat Ausnahmen, deren Zahl in komplizierten Fällen die der Regel sogar weit übertreffen dürfte. Seine momentanen Bedürfnisse kennt freilich jeder selbst am besten, nicht aber auch immer die tauglichsten Befriedigungsmittel. Und zukünftige Bedürfnisse und sonst mittelbare Werte für ihn (z. B. evolutionistischer Natur) kann ein anderer vielleicht besser erkennen. Sehr häufig verleiht jemand selbst gegenwärtig gefühlten Bedürfnissen eine falsche Rangordnung; noch mehr natürlich irrt er bezüglich zukünftiger, bei denen insbesondere der unvernünftige Lustdrang zu einer Überschätzung von Gegenwärtsgütern gegenüber an sich größeren Zukunftsgütern führen kann, (wer dem besonders stark unterliegt, wird unter Verschwendungskuratel gesetzt,) aber mitunter auch das Umgekehrte.

Prinzipiell sollte man diejenigen disponieren lassen, die im Falle wahrscheinlich am richtigsten werten. Allein dem steht entgegen der Genuß des Freiheitsgefühls (Freiheitsprinzip), die Erziehung zu richtigem Werten und zur Selbständigkeit (individuelles Fürsorgeprinzip), und einige Gründe der Ökonomie, die Verwendung dieses Gescheitesten nur für wichtigere Zwecke, die Umständlichkeit der Sache überhaupt und die Möglichkeit einer bloß generellen Regelung, schließlich die Schwierigkeit, das adäquate Mittel, den jeweils in diesem Falle besten Wertenden zu finden. Daher geschieht ein Disponieren statt und für die Interessierten nur in den Fällen, in denen die Diskrepanz zwischen Wert und Wertung des zu Schätzenden generell in einem höheren Grade wahrscheinlich und groß ist und wo es sich um wichtigere Dinge handelt und es wahrscheinlich ist, daß ein der Sache irgendwie nahestehender Anderer ohne allzugroßen Wertverlust und Umständlichkeit richtiger werten wird.

Demgemäß sind die wahrscheinlich generell Wertirrtümern am meisten Ausgesetzten überhaupt zu bevormunden: Minderjährige, Geistesranke. Ferner sind Maßnahmen gegen spezielle Wertirrtümer von sonst handlungsfähigen Personen geboten: manche unverzichtbare Rechte (durch die Rechtsordnung selbst), wirtschaftliche und politische Bevormundung von Untertanen in früheren Zeiten und z. T. (sehr häufig berechtigterweise) noch heute.

Das Prinzip der falschen Wertungen bzw. der Stand des Wertens, der Einsicht der Bevölkerung den Dingen der Gesetzgebung gegenüber, ist auch maßgebend für die staatsphilosophische Frage, wer herrschen soll. Herrschaft des Verständigsten wäre an sich zwar richtig; denn als solcher könnte er sich ja von den speziell am richtigsten Wertenden beraten lassen. Aber die Schwierigkeit, diesen aufzufinden, die Schwierigkeit der richtigen Schätzung fremder Bedürfnisse und daher der Wahl der Ratgeber, und die Gefahr der Egomorphisierung, ja sogar sophistischer Egoismus sprechen dagegen; wenigstens in den Fällen, in denen die Interessierten nicht die Fähigkeit zur Erkenntnis des besten Rechts haben, aber doch die Fähigkeit, sich richtig führen zu lassen (Wieser). Sonst ist ein beschränktes Wahlrecht für die (wahrscheinlich generell) Verständigeren vorzuziehen.

Und natürlich kann ja auch gerade das allgemeine Wahlrecht eine egoistische Klassenherrschaft (gegen das Prinzip der Gerechtigkeit und daher heute unvernünftigerweise) herbeiführen oder stützen, während bei einem beschränkten dies aus Einsicht oder Furcht viel schwerer geschieht.

Die Frage, warum wir uns eigentlich der falsch Wertenden (und der Fürsorgebedürftigen) — abgesehen von den Fällen, bei denen ein direktes Sozialinteresse hereinspielt, wie bei der Bestimmung der jeweils richtigen Verfassung (soziales Fürsorgeprinzip und individuelle Interessenkollision) — annehmen, gehört in die Ethik, nicht in die Rechtsphilosophie.*) Das Verhalten schließt oftmals den sozialen Wert in sich, sie selbst und ihre Güter der Allgemeinheit zu erhalten (bezw. zu fördern). Aber dies ist nicht immer der Fall und es geschieht nicht grundsätzlich deshalb.

Prinzip der individuellen Fürsorge.

Gesorgt wird für das zukünftige Wohl derjenigen, die gar nicht werten, meist weil sie überhaupt oder in dieser Beziehung nicht werten können (z. B. Abwesende, besitzende nascituri und kleine Kinder); für das gegenwärtige Wohl von solchen, die nicht handeln können (z. B. Säuglinge), indem für sie gehandelt oder zu handeln befohlen wird. Doch gehört es eigentlich nicht hierher, wenn für jemand gesorgt wird, dieser aber keinen Nutzen mehr davon haben wird (z. B. Sorge fürs Vermögen eines unheilbar gänzlich des Verstandes Beraubten), sondern für andere oder die Gesamtheit; daß man in solchen Fällen nicht antizipative Erbfolge eintreten läßt, ist — abgesehen von eventuellen Zweifeln an der Unheilbarkeit — nur falscher Doktrinarismus. Im übrigen gehört hierher nicht nur die Sorge fürs Vermögen Handlungsunfähiger (im natürlichen Sinn), sondern auch um ihre Person, insbesondere deren Evolutionistik: so die Einrichtung von Schulen; Schulzwang beruht dagegen auf dem Prinzip der falschen Wertungen. Aber auch das Motiv gegen die Überspannung des letztgenannten Motivs gehört hierher: Erziehung zur Selbständigkeit, Stärkung ihres Verantwortungs- und Erwerbstriebes usw., Sorge für die Gesundheit. Schließlich gehört es hierher, wenn einzelnen durch direkte Zuwendungen (nicht durch Schutz gegen Stärke-Prinzip der kollidierenden Individualinteressen) geholfen wird (nicht: eigentliche Förderung der Volkswirtschaft zu größerer Produktivität, wiewohl dies mitunter damit auch erzielt werden kann): allerhand gemeinnützige Anstalten z. B. Bibliotheken, Sammlungen und deren freie Benützung oder gegen Entgelt unter den Kosten: Armenfürsorge. Solches hat je nach den hierfür verfügbaren (d. h. nicht zu wichtigeren Zwecken nötigen) Mitteln zu geschehen.

Zu den Problemen individueller Fürsorge, die natürlich mittelbar auch immer solche sozialer Fürsorge sind, gehören die Fragen der künstlichen Selektion (im weitesten Sinne), die Fragen, inwieweit durch Rechtsnormen die Selektion der (sozial) wertvolleren Individuen gefördert und die anderen hintangehalten werden könnte: ihr Überleben,

*) Vergl. hiezu meine Untersuchung: „Wie ist normative Ethik möglich“. „Archiv für systematische Philosophie“. Bd. 24 H. 2.

ihr Durchsetzen (z. B. in künstlerischer, wissenschaftlicher Beziehung), ihr Erringen wirtschaftlicher, politischer Macht usw. Insbesondere durch strafrechtliche Normen wird in dieser Beziehung manches angestrebt und gewiß mit Recht. So z. B. hat Hintanhaltung von unlauterem Wettbetrieb (nebst Konsumentenschutz) diesen Zweck. Ähnlich Verhinderung verschiedener Formen und Arten der Bestechung, der sogen. politischen Korruption u. dergl. mehr. Der Erfolg mag nicht allzu groß sein, aber er ist doch nicht zu unterschätzen. Denn reines Manchestertum bewirkt eigentlich — wofern keine ethische Gegenwirkung besteht, wie heute nach mancher Meinung in Nord-Amerika — eine Gaunerselektion. Andererseits liegt allerdings die große Gefahr einer Hypertrophie des Strafgesetzes insbesondere im deutschen und österreichischen Rechtsgebiet heute recht nahe (verstößt gegen die Prinzipie der Freiheit und der Ökonomie der Mittel). Ein Teilproblem unter den Fragen der Selektion bildet auch die Eugenetik, die heute bereits viel diskutierte Frage, wie man das Entstehen eines möglichst hochwertigen menschlichen Nachwuchses bewirken kann. Auch Eugenetik könnte zur Durchsetzung Rechtsnormen nicht entbehren. Es ist nicht der Ort zu untersuchen, ob wirklich, wie viele meinen, einiges in dieser Richtung in absehbarer Zeit wird geschehen müssen und wie eine Abhilfe geschaffen werden könnte.

Prinzip der sozialen Fürsorge.

Das Wohl der Allgemeinheit ist darum und soweit zu fördern, als es schließlich zu einem Wohl der Einzelnen führt. Es wird indirekt auch durch die individuelle Fürsorge befördert. Speziell soziale Fürsorge ist es, wenn die Gesamtheit ihr nächstes Ziel ist. Insbesondere sind freiwillige (und nach den Kollisionsprinzipien zwangsweise) Organisationen zu schaffen, weil bezw. wenn und durch solche in toto mehr zu erreichen ist, als die Einzelnen allein erreichen könnten. Und es ist für die diesem Zweck angepaßteste, sonst aber und abgesehen von den anderen Prinzipien, die individuelle Freiheit möglichst wenig beschränkende Normierung dieser Korporationen zu sorgen. Hiezu gehört insbesondere die Erwägung, welche Zwecke es sind, die eine mit territorialer Hoheit verbundene Verbandsorganisation (Territorialstaat, Territorialgemeinde) erfordern und für welche Zwecke man hievon absehen kann, in welchen Belangen z. B. — um derzeit Aktuelles zu erwähnen — Autonomie mehrerer auf demselben Gebiet wohnender Nationen möglich ist. Es liegt ja im übrigen im Begriff der Freiheit, daß dann, wenn Solidaritätsgefühl und Wunsch vorliegt, freiwilliger Zusammenschluß aus bloßen Gefühlsrücksichten nicht zur Förderung von Zwecken möglich ist.

Im Sinne sozialer Fürsorge ist das Postulat der Rechtssicherheit (das daneben auch der Ökonomie der Mittel dient,) da es Arbeitsersparnis für den Verkehr, ein Motiv für (weil sichere) Kapitalsanlagen und Unternehmungen und (dies nach dem Ökonomieprinzip) Arbeitsersparnis für die Rechtssprechenden: klare, einfache, nicht zu sehr differenzierte und nicht zuviel Ermessensspielraum lassende Gesetze (dies alles im jeweiligen Kompromiß mit den aus anderen Gründen richtigen Lösungen auf Grund der anderen Zielprinzipie); richtige, sichere, rasche Justiz (auch diese Forderungen teilweise untereinander

und mit dem Ökonomieprinzip antinom). Dieselben Gründe, insbesondere die Verkehrssicherheit und die Arbeitersparnis für die Vertragsschließenden verlangen die Schaffung von Dispositivnormen. Ihr Bestehen beruht also auf dem sozialen Fürsorgeprinzip. Der Inhalt des dispositiven Rechts soll dagegen dem Prinzip der individuellen Fürsorge folgen: es soll das dispositive Vertragsrecht dem vermutlichen Willen der Kontrahenten Rücksicht tragen, das gesetzliche Erbrecht dem vermutlichen Willen des Erblassers usw. Dann und wann können Dispositivnormen auch dem Prinzip der falschen Wertungen entspringen, wenn nämlich auf diesem Weg versucht wird, Rechtspolitik zu treiben, z. B. in einer bestimmten Richtung zu erziehen. Die Arbeitersparnis für die Vertragsschließenden verlangt ein der generellen Absicht entsprechendes dispositives Recht. Soziale (nebst individueller) Fürsorge beinhalten manche wirtschaftliche Wohlfahrtstätigkeiten von Staaten und Gemeinden, (z. B. Bau unrentabler Eisenbahnen), insbesondere die Maßregeln der Produktionsförderung: Schutzzölle, Subventionen zur „Erziehung“ oder dauernden Unterstützung gemeinnütziger Unternehmungen. Allenfalls aber auch umgekehrt die Maxime, sich jedes Eingriffs in die Volkswirtschaft zu enthalten, die Maxime des „laissez aller“, weil zur Zeit dieses Verhalten des Staates die Gesamtproduktion am besten fördert. Es ist diesbezüglich im übrigen auch auf die Nützlichkeit des Gegenstandes der Produktion Rücksicht zu nehmen und es ist von diesem Standpunkt aus natürlich ein Unsinn, wenn man sagt, Schnapsproduktion sei produktiv, die Arbeit des Arztes nicht. Und die Branntweinproduktion ist nur dann und soweit zu fördern, als die ökonomischen Vorteile fürs Land die hygienischen Nachteile überwiegen. Dies ist hier kaum jemals möglich, weil doch Arbeit und Kapital (soweit sie technisch ihre Bestimmung verändern können) nützlicher verwendbar sein dürften, wobei allerdings mit in Rechnung zu ziehen ist, ob der Branntweinkonsum auf diesem Wege (der Verteuerung) wirklich wirksam bekämpft werden könnte. Dies gilt auch für die Einführung neuer Arten von Produkten; nicht aber für neue bessere Betriebsarten, die, weil sparsamer, den gegenteiligen Effekt haben können. Gerade hier aber kann ein Eingreifen oft im Interesse aller angebracht sein, weil die Umwandlung mitunter zwar volkswirtschaftlich nützlich, privatwirtschaftlich aber nicht rentabel wäre. Künstliche Erhaltung bestehender Betriebe kann aus Billigkeitsrücksichten gegen die Arbeiter, die sich einer neuen Beschäftigung vielleicht nicht zuwenden können, angezeigt sein.

Ferner gehören hierher die Maßnahmen für die Volksgesundheit. Erhaltung oder Förderung der Leistungsfähigkeit, für Bevölkerungszuwachs oder Bevölkerungsabnahme, da ja bald das eine, bald das andere zweckmäßig sein kann.

Schließlich die Förderung von für den Staat besonders wertvollen Menschen, „staatserhaltender Elemente“ oder das Bei-Laune-Erhalten anderer. Wenn dies zum Zwecke der Erhaltung dieses Staates nötig ist und dieser Staat einen größeren Wert besitzt, so ist das nicht unbedingt verwerflich.

Prinzip der Kollision individueller Interessen.

Die Prinzipie der Interessenkollisionen sind in alter und neuer Zeit häufig allein Gegenstand des Rechtsphilosophierens gewesen, meist mit der merkwürdigen Motivierung, nur hier sei die Sache Problem, weil das Recht das Zusammenleben der Menschen regle. In Wahrheit läßt sich hier am allerwenigsten theoretisch erwägen, weil begreiflicherweise in praxi gerade hier der Egoismus der Macht unmittelbar, der Egoismus des Interesses mittelbar blicktrübend hereinspielen.

Theoretisch sind auch die Kollisionsprinzipien spezielle Fürsorgeprinzipien, es handelt sich auch hier um das z. Z. größtmögliche Wohl; aber nicht um das momentane, sondern um das dauernde unter Berücksichtigung der evolutionistischen Werte. Daher hat sich heute jener große Mann mit dem kleinen Mantel zu begnügen und dem kleinen Mann den großen Mantel zu lassen, weil die Gerechtigkeit das heute aus evolutionistischen Gründen notwendige Prinzip ist. Denn es ist nicht richtig, daß die Allgemeinheit am Meritum eines Zivilprozesses bzw. der Zivilgesetze kein Interesse hätte: wie des öfteren betont, dienen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit dazu, daß sich Volksreichtum entwickle etc. Und jenes bei Besprechung der Rechtsideen aufgestellte Ideal ist jeweils nur soweit zu verwirklichen, als nicht größere evolutionistische Werte (nach dem Prinzip der Kollision von Sozialinteressen) dagegen sprechen. Dieses allerverfeinertste Gerechtigkeitsprinzip selbst aber könnte, wie bereits berührt, mit der Maximisation der Lust niemals in Widerspruch geraten, da die (jedem speziellen Fall angepaßte) Behandlung nach der unwandelbaren Grundgesinnung auch notwendigerweise sozial zweckmäßig ist. Auf der anderen Seite ist vom Standpunkt des inhaltlich richtigen Rechts — anders mitunter von dem der richtigen Rechtssetzungsmethoden — das Gerechtigkeitsprinzip gegen die momentane Maximisation — von jener letzten Zurechnung nach dem Verdienst abgesehen — nur dann zu befolgen, wenn es auch wirklich für dieses Genus von Fällen (denn allzuweit gehende Individualisierung wird wieder aus einem evolutionistischem Grunde, dem Vertrauen in die Rechtsordnung, Rechtssicherheit und aus Ökonomie meist nicht möglich sein*) die evolutionistisch zweckmäßigste Ordnung ist: Wo diese Evolution nicht in Betracht kommt, da sind die Individualinteressen nach ihrer Größe gegeneinander abzuwägen.

Deshalb sind, soweit nicht falsche Wertungen oder soziale Interessen dagegen sprechen, soweit nicht eben dieser Zwang wertvoller ist, die Schwächeren gegen gesellschaftliche, insbesondere wirtschaftliche Übermacht anderer (durch Organisation, Anerkennung, Erleichterung, zwingende Schaffung derselben oder durch andere zwingende Normen etc.) zu schützen; deshalb auch der Schutz gegen physische Gewalt.

*) Daher ist es auch nicht richtig, daß die Konfiskation der Vermögen einzelner Millionäre, daß die Vivisektion von Erkrankten in wissenschaftlich interessanten Fällen und dergl. wirklich für die Gesamtheit nützlich wäre. Es kann dem im speziellen Fall, wenn man nur den speziellen Fall berücksichtigt, allerdings so sein; aber die Nachteile fürs Allgemeine durch Erzeugung von Rechtsunsicherheit (und dadurch gemindertes Erwerbs- und Sparstreben usw.) werden in aller Regel den speziellen Vorteil überragen.

Daher auch das Mittel zur Austragung individueller Kollisionen in concreto, wenn das abstrakte Recht nicht genügend klar ist oder Ermessen notwendig, der Prozeß und seine Normen. Daß individuelle Interessenkonflikte die jeweils richtige Lösung finden, ist wie gesagt, auch im Sinne des Wohles der Gesamtheit.

Umgekehrt kommt selbstverständlich das Prinzip der kollidierenden Individualinteressen nicht nur im Privatrecht in Betracht; insoweit im öffentlichen Recht sogar stärker, als das Privatrecht oftmals, als bloß dispositive Festlegung von Gewohnheiten und Verkehrsübungen, der Interessenabwägung mehr oder minder überhoben ist. Besonders auffällig ist dies bei der Verteilung der Steuerlasten, bei denen es sich ja um Interessen der einzelnen Steuerträger gegeneinander handelt. Hierher gehört auch die Selbstregierung von Korporationen durch die Mitglieder nach Maßgabe ihrer Interessen, sofern nicht die Wahrscheinlichkeit falscher Wertungen, soziale oder auch individuelle Interessen an dem Tun der Korporation außerhalb der Korporation dagegen spricht (z. B. ein wohlthätiger Verein; ein aufrührerischer Verein; hier kommt die größere Kraft der Gruppe in Betracht etc.); schließlich individuelle Interessenkonflikte von (irgendwie gearteten) Minoritäten innerhalb der Korporation: hierzu zählen zwingende Normen, Minoritätenschutz, Aufsicht von außen u. dergl.

Prinzip der Kollision sozialer Interessen.

Es kann sich hier um Kollision eines Gesamtinteresses mit einem Individualinteresse oder mit einem anderen Gesamtinteresse handeln. Das Wohl der Allgemeinheit ist auf Kosten der einzelnen dann und soweit zu fördern, als das schließliche Lustresultat wahrscheinlich auf diesem Wege (und nur auf diesem Wege) größer gestaltet werden kann. Einen absoluten Primat gesellschaftlicher Interessen vor den individuellen anzunehmen, wäre allerdings verfehlt; aber es wird meist so sein, weil es sich hier in der Regel um weithinwirkende evolutionistische Werte für sehr viele und um die größere Leistungsfähigkeit in Vereinigungen handelt. Gleichwohl ist in jedem einzelnen Falle eine Abwägung der wahrscheinlichen Wertresultate nötig und mitunter ist ja auch der Einzelne gegen eine Gesamtheit zu unterstützen wie z. B. Wahrung seiner Freiheit gegen gesellschaftlichen (politischen, religiösen) Druck.

Aus evolutionistischen Gründen ist heute die Gerechtigkeitsordnung und manche ihrer Härten notwendig. Diese Gründe rechtfertigen unter Umständen sogar eine so weitgehende Freiheitsbeschränkung wie es die Sklavenwirtschaft war. Eine Zwangsorganisation ist richtig, wo die hierdurch bedingten Werte die Unwerte der Freiheitsminderung, die darin liegt, übertreffen. Und auch vom gesellschaftlichen Zwang sind die Individuen nur dann und soweit zu befreien, als dieser nicht größere Werte in sich schließt. Nach diesem Prinzip und dieser Wertabwägung rechtfertigen sich die Strafen als Gesellschaftsschutz; rechtfertigen sich Staatsmonopole und Steuern je nach der Wichtigkeit, dem Werte, den die Staatsausgaben im Verhältnis zur Verwendung besetzen, die die Besteuerten von dem entzogenen Einkommen machen

würden. Ein Beispiel auf dem Gebiete der Volkswirtschaftspolitik — Entgegenstehen von Produzenten- und Konsumenteninteressen und deren Abwägung — wurde bei Besprechung des Prinzips der sozialen Fürsorge angedeutet.

In diesen letzten Fällen handelt es sich eigentlich um Gegeneinanderstehen verschiedener kollidierender Gesamtinteressen. Doch ist die Grenze hier fließend und die Unterscheidung wäre sachlich belanglos, weil kein Primat gesellschaftlicher Werte besteht und die Abwägung in gleicher Weise vorzunehmen ist.

2. Die Prinzipien der besten Mittel.

Die Prinzipien der besten Mittel normieren die Art der (zweckmäßigsten) Durchführung der Ziele, welche die Zielprinzipien angeben. Sie gelten daher nicht etwa nur für Durchsetzungsnormen, sondern für alle; wie auch umgekehrt die Zielprinzipien sich auch auf Durchsetzungsnormen beziehen. Die Mittel sollen die entsprechendsten sein, d. i. möglichst sicher und rasch zum Ziele führen (Prinzip der adäquatesten Mittel) und die sparsamsten sein, d. i. die in materieller wie geistiger Beziehung einfachsten, nicht übers Ziel schießenden und es soll auf den Zweck verzichtet werden, wenn dieser die aufzuwendenden Mittel nicht lohnt (Prinzip der ökonomischsten Mittel).

Im übrigen sind die beiden Prinzipien natürlich nicht dem besten Recht eigentümlich, sondern bestimmen die besten Mittel für jedes (gegebene) Ziel menschlichen Handelns, wären Grundprinzipien einer allgemeinen Formalwissenschaft der „Praktik“, wie sie Franz Brentano der Logik an die Seite stellen wollte.

Einem Rechtsziel kann häufig durch verschiedene Mittel zugestrebt werden. Diese können verschieden gut sein: verschieden sicher und rasch und verschieden ökonomisch. Und diese drei Postulate können sehr häufig miteinander in Widerstreit stehen, der durch die Abwägung des Wertes im besonderen generellen oder (insbesondere bei Ermessen) speziellen Falle zu schlichten ist.

Es ist im Sinne der entsprechendsten und billigsten Mittel auch, wie bereits berührt, zu erwägen, ob man einem Ziel überhaupt auf dem Wege des Rechts oder auf einem anderen zustreben soll.

Prinzip der adäquatesten Mittel.

Ein adäquates Mittel ist die leichte Verständlichkeit des Gesetzes, insbesondere auch für den Laien (was nicht nur Ökonomie bedeutet), weil dadurch der Zweck des Rechtsbefehls unmittelbar gefördert wird.

Der Zivilprozeß soll auch in dem Sinne präventiv wirken, daß möglichst wenig prozessiert werde. Dazu dienen klare (materielle) Gesetze und rasche Justiz (damit nicht aus bloßer Verschleppungsabsicht prozessiert werde). Raschheit und Richtigkeit (Sorgfalt) aber stehen in Antinomie, die nach den jeweiligen Verhältnissen, ob gerade dieser Präventivzweck (der übrigens auch durch gute und konsequente Rechtssprechung gefördert wird), oder die materielle größere Richtigkeit wichtiger sind. — Der Ermessungsspielraum, der dem Richter zu lassen ist, ist verschieden zu bemessen, je nach der Variationstendenz (Differenziertheit) der Fälle und nach der Fähigkeit und Zuverlässigkeit (auch keine unbewußte Parteilichkeit) des Richters; und dies im jeweiligen Kompromiß mit dem Rechtssicherheits- oder besser Rechtsbestimmtheitspostulat (Bedürfnisse der Parteien, insbesondere des Verkehrs).

Ebenso haben die Rechtsvermutungen den Zweck, prozeßsparend zu wirken und im Prozeß Beweisschwierigkeiten zu beseitigen. Es ist demnach nicht immer zweckmäßig, daß die Vermutung für die Mehrzahl der Fälle zutreffe. Im übrigen ist es ja auch möglich, mit Hilfe von Rechtsvermutungen Rechtspolitik zu treiben.

Am sichersten ist es, wenn ein Gesetz mit dem Grenzfall möglicher Schlechtigkeit der Menschen und der Objekte, mit denen es zu tun hat, rechnet und die Normen darnach einrichtet. Das tut z. B. das

Wechselrecht. Aus Ökonomierücksichten weichen viele Gesetze von diesem Standpunkt ab und ermöglichen auf diese Weise Umgehungen; Umgehungen, gegen welche Strafbestimmungen oft nur sehr teilweise Abhilfe schaffen können.

Um des Unrechts willen, im Falle es begangen wird und damit es nicht begangen werde, wenn Gefahr vorliegt, daß es geschehe, werden Strafen angedroht und ausgeführt. Es wäre sicherer, wenn jedes Unrecht (z. B. auch Vertragsbruch) mit schwerer Kriminalstrafe bedroht wäre. Sicherlich wäre das noch wirksamer als die Mittel des Zivilprozesses mit seinen Kostenstrafen und der langsamen Exekution. Aber es widerspräche der Ökonomie, da Strafen große individuelle und soziale Unwerte mit sich bringen. Daher begnügt man sich, wo es andere einigermaßen taugliche Mittel mindereren Kosten gibt und wo die in toto zu schützenden Werte nicht weit den Unwert der wahrscheinlich in toto zu verhängenden Strafen überragen, mit dem minder guten Mittel und ist auch im selben Sinn sparsam im Strafausmaß; das alles je nach der jeweiligen psychischen Organisation der Individuen, die die Strafdrohung abschrecken oder die Strafe bessern soll und der jeweiligen Verhältnisse, die zu schützen sind. Andererseits darf man nicht übersehen, daß durch Strafsanktionen viele spezielle kostspielige, mühselige und lästige Überwachungen durch Staat und Private unnötig gemacht werden.

Am allersichersten wäre Polizeiaufsicht überall gegen alles Zuwiderhandeln und unmittelbare sofortige obrigkeitliche Durchführung jedes Rechtsanspruchs. Abgesehen von der großen Belästigung (gegen das Prinzip der Freiheit), verstieße das natürlich gegen die Ökonomie, weil hier die Kosten die eventuell dadurch zu rettenden Werte, die infolge der unsicheren Mittel verloren gehen, ja weit überträfen.

Prinzip der ökonomischsten Mittel.

Zum Ökonomieprinzip gehört nicht jede Ökonomie (z. B. nicht jede Ökonomie für den Rechtshandelnden, worüber vielmehr die soziale und individuelle Fürsorge entscheiden), sondern nur die Ökonomie der Mittel: die Zwecke unter Aufwand möglichst geringer Mittel zu erreichen. Es handelt sich um materielle Ökonomie der realen Durchsetzungsmittel und um Denkökonomie für Rechtsentscheidende und Rechtshandelnde. Doch können viele Einrichtungen beiden Ökonomiearten gleichzeitig dienen. Insbesondere bedeutet jede geistige Ökonomie eine Zeitersparnis für Rechtshandelnde und Rechtsentscheidende (einschließlich der theoretisch das Recht Erkennenden und Lernenden) und die einfache und sichere Regelung erspart Rechtsstreite, spart also Zeit für die Parteien und Personal für den Staat.

In Sachen der materiellen Ökonomie ist erstens auf den Zweck zu verzichten, wenn sein Wert die notwendig aufzubringenden Kosten nicht übertrifft (eigentlich ist das ein Zielprinzip) und es ist zweitens bei Wahl zwischen mehreren verschieden entsprechenden und verschieden sparsamen Mitteln in der oben ausgeführten Weise eine Wertabwägung vorzunehmen. Dabei kann natürlich die sichere Durchführung auch im Sinne der Ökonomie sein, weil eine solche Durchführung Weiterungen unnötig oder doch weniger wahrscheinlich macht (z. B. direkte Staatsausführung, während der Auftrag, wenn er unausgeführt bleibt, vielleicht die Notwendigkeit des Strafübels mit sich bringt).

Häufiger aber ist die rasche Ausführung ökonomisch, wenn eben nicht die Kostendifferenz diesen Wert überwiegt. Hierher gehört auch die Forderung einer Regelung, die den Rechtsbetroffenen nicht durch übermäßige wenn auch sicherheitsfördernde, geschweige denn überflüssige, bloß dekorative oder pedantisch konstruktive Formen Zeit nimmt, wie das so oft der Fall ist. Insbesondere aber ist zu berücksichtigen, daß viele Mittel üble, oft weithinaus wirkende Nebenerfolge haben. So bringt die Strafe nicht nur Erwerbsstörung für den Bestraften und damit Schädigung der Volkswirtschaft mit sich, sondern auch für die von ihm Erhaltenen und kann auf diese Weise fortzeugend sehr viel andere Übel gebären; deshalb ist sie nur anzuwenden, wo kein anderes Mittel genügt oder möglich ist, das weniger wertzertstörend wäre. Und allgemein handelt es sich darum, den Unwert dieser Nebenwirkungen abzuwägen gegenüber der Differenz zwischen der Güte der Durchführung des Hauptzwecks durch dieses Mittel und der schlechten Durchführung plus Nebenwirkungen eines anderen Mittels. Natürlich ist es möglich, daß solche Nebenwirkungen auch positive Werte bedeuten; aber das ist viel seltener. Es gibt auch Mittel, deren Nebenwirkung es ist, daß sie ihre eigene Wirksamkeit in genere vernichten, daß man bei allzuhäufigem Gebrauch dagegen abgestumpft wird. So z. B. häufige Anwendung von Ehrenstrafen bei Kleinigkeiten; oder Setzung von oft übertretenen *leges imperfectae*. Hier ist die psychologische Erwägung maßgebend, wieviel Gebrauch derzeit ohne zu große Abstumpfung möglich ist.

Was die geistige Ökonomie betrifft, so sollen die Gesetze erstens nach Zeit, Ort, Kreis und in der Sache möglichst einheitlich sein. (Ein Spezialfall ist Jherings Rechtsökonomie, derzufolge ein Rechtsinstitut zugleich und nacheinander verschiedenen Rechts- und Lebenszwecken dienen könne und nach Tunlichkeit solle). Wie weit man diesfalls in der Differenzierung, in der Kasuistik nach den zeitlich — örtlich (d. i. nach getroffenen Kreisen und geregelten Arten von Fällen) verschiedenen Verhältnissen und Bedürfnissen gehen soll, darüber entscheidet ein jeweiliges Kompromiß zufolge der Wertabwägung zwischen der Ökonomie aus der Einheitlichkeit mit dem Wert der Ziele, die die Differenzierung hätte, (auf Grund der Zielprinzipien) und den adäquatesten und sonst ökonomischsten Mitteln dafür. Es ist dabei zu berücksichtigen, daß einheitliches Recht nicht nur als solches, sondern weil es auch Zweifel verhindert, welches anzuwenden ist (internationales Privatrecht, Subsumtionsfehler!) denkökonomisch wirkt und so auch die Rechtssicherheit fördert.*)

*) Für den Fall als der Individualfall durch die denkökonomisch im Durchschnitt beste Regelung schlecht geregelt sein sollte, treffen die Rechtssysteme häufig Vorsorge z. B. durch die Einrichtung der „Begnädigung“ und dergl. Doch wäre wohl eine bessere Organisation von allgemeinen Ausnahmungsverfügungen möglich. Und es bleibt immerhin zu erwägen, ob nicht oft ohne allzugroße Kasuistik und ohne dem Ermessen allzugroßen Spielraum zu lassen die Rechtsnormen so gefaßt werden könnten, daß in allen Fällen sogleich ohne Remedur das Beste geschieht. Daran zu erinnern ist leider sehr zeitgemäß. Die heutige zerfahrene Art des Gesetzgebens hat es bereits dahin gebracht, daß das Ganze der Jurisprudenz auch nur eines Landes für einen Einzelnen unbeherrschbar geworden ist, Spezialisierung notwendig wurde und ist auf dem besten Wege dahin, daß auch die Spezialisierung (Gericht, politische Verwaltung, Finanzverwaltung etc.) nicht mehr ausreicht. Dabei wäre es doch umgekehrt wünschenswert, daß das Recht so leicht beherrschbar würde, daß die Jurisprudenz

Diese Erwägungen gelten auch für die Frage, wie weit das Recht strikt sein und wie weit es dem freien Ermessen Raum geben, auf Treu und Glauben, Verkehrssitte usw. verweisen soll. Ähnlich, ob Äußerungs- oder Willensprinzip in der Irrtumslehre u. a. m. — Der Vorteil klarer Gesetze braucht nicht besonders dargetan zu werden. Aber auch Kürze des Textes ist ökonomisch, sofern — und dies ist auch nach der Psychologie derjenigen zu entscheiden, die nach der derzeitigen Lage der Dinge vorzugsweise damit zu tun haben — nicht die Verständlichkeit allzusehr darunter leidet. So spricht auch die Ökonomie de lege ferenda für Ausschluß der Materialien und Motive und Geltungsbeschränkung auf den Gesetzestext. — Schließlich gibt es gewisse Abkürzungen, die den Zweck durch ein allogenes Mittel erreichen wollen, kürzere, präzisere Ausdrücke, einfachere, leichter zu handhabende Ermessen und Streit abschneidende Formeln statt des eigentlich Beabsichtigten setzen. So enthalten das österreichische wie das deutsche bürgerliche Gesetzbuch die Bestimmung, daß der Ehemann den gemeinsamen Wohnsitz der Ehegatten festsetzt. Der Zweck ist, daß derjenige über den Aufenthalt disponieren soll, bei dem die diesbezüglich für Familie und Gesamtheit größeren Interessen liegen. Dies ist meist, aber keineswegs immer, der Ehemann. Und so muß man hier überhaupt besonders vorsichtig sein. Denn wie alle Halbwahrheiten und halben Mittel haben auch solche technische Abkürzungen oft sehr kurze Beine.

überhaupt kein lebensfüllendes Studium mehr abgeben würde. Denn überall sollte eigentlich zum juristischen Wissen, zu dessen nützlicher Betätigung ein anderes hinzutreten (Nationalökonomie, Psychiatrie, usw.), die jedenfalls naturnotwendig eingehende Beschäftigung erfordern. Und dieses Ideal wäre bei einigem guten Willen auch erreichbar. Überflüssig größtenteils die Unterschiede zwischen bürgerlichem und Handelsrecht (in Oesterreich, anders wohl in Deutschland). Leicht könnten die verschiedenen Rechte der Vergesellschaftung (AG., Gen., Ges. m. b. H. etc.) größtenteils vereinheitlicht werden. Neuere Gesetze zeigen eine unglaubliche Hypertrophie an strafrechtlichen Tatbeständen, die leicht zu vereinheitlichen wären. Leider auch die neuen Strafgesetzentwürfe. Äußerst schädlich (oft nichts anderes als Fallen für das rechtssuchende Publikum) und unbegründet sind die komplizierten verschiedenen Behördenorganisationen und Zuständigkeitsnormen (besonders z.T. auch große materielle Verschwendung). Sehr viele Verschiedenheiten der Verfahrensvorschriften ließen sich vermeiden.

III. Die Prinzipien der besten Rechtssetzungsmethoden.

Recht ist nicht der bloße Gedanke eines Rechtsdenkenden. Es ist erstens intersubjektiver Natur und es muß zweitens — häufig, wenn auch nicht notwendig, mittelst komplizierter Formen — gesetzt werden und hat dann, einmal gesetzt, objektiven Bestand, wenn auch niemand es mehr wollte, bis es aufgehoben wird. Daher genügt es nicht, bestes nicht geltendes (bzw. schlechtes geltendes) Recht zu erkennen; es muß auch gesetzt bzw. aufgehoben werden. Weil aber dieses Setzen und Aufheben eine spezielle Tätigkeit ist, so kann es Momente geben, kraft deren es im besonderen Falle unrichtig wäre, unbedingt inhaltlich bestes Recht zu setzen oder inhaltlich schlechtes oder minder gutes aufzuheben. Ganz gewiß falsch wäre es, an sich Unmögliches oder mit den vorhandenen Mitteln (einschließlich der moralischen Sanktion) Undurchsetzbares oder aus Gründen der Setzungsart (z. B. weil es eine parlamentarische Majorität nicht fände) nicht Setzbares, wenn auch inhaltlich Richtiges zu versuchen, weil dieser Versuch ja nur erfolglose Kosten verursachen würde. Natürlich muß im letzten Falle auch die Setzung wirklich der Zweck sein, nicht etwa Agitation oder dergl. und es muß das Gelingen auch wirklich von vornherein ausgeschlossen sein. (Prinzip des Unmöglichen.)

Zweitens muß der wahrscheinliche inhaltliche Wert einer Neueinführung die Kosten der Setzung, die notwendig sind, um die Widerstände (der Tradition und Technik) zu überwinden, das Alte einzureißen, das Neue aufzubauen, übertreffen. (Prinzip der Kostenabwägung.) Genauer gesprochen ist in diese Formel der wahrscheinliche inhaltliche Wert der Neueinführung nicht in seiner vollen Größe einzusetzen, sondern nur mit einer solchen prozentuellen Quote, als das Gelingen des gesetzgeberischen Versuches, das Zustandekommen des neuen Rechtes (in Prozenten ausgedrückt) wahrscheinlich ist. All dies zur Zeit, da eben der Versuch der Neueinführung unternommen werden soll. — Insbesondere kann das geltende inhaltlich unrichtige Recht das derzeit zwar nicht inhaltlich zweckmäßigste, aber doch recht zweckmäßig sein; es ist dann diese inhaltliche Wertdifferenz mit den Kosten zu vergleichen. Nicht hierher gehört es, daß häufiger zeitlicher Wechsel von Rechtsnormen der Denkökonomie widerspricht: solches ist, wenn auch dem Ziele nach gut, so doch nach dem Prinzip der Ökonomie bereits inhaltlich verfehlt.

Drittens das Prinzip der Volkstümlichkeit des Rechts. Es wurde an anderer Stelle ausgeführt, welche Werte es in sich schließt, wenn das Recht dem Rechtsbewußtsein nahe ist. Diese Werte sind mit den inhaltlichen Werten einer etwaigen Anders-

ordnung zu vergleichen. Weiter aber soll das Recht, wenn nicht größere Inhaltswerte dagegensprechen, dem Rechtsideal des Volkes entsprechen, ihm gut erscheinen, denn das Volk soll zufrieden sein und Vertrauen haben. Das wichtigste Mittel in dieser Richtung ist freilich die inhaltliche Richtigkeit. Aber es sollen auch nach Möglichkeit aufregende wertzerstörende Agitationen vermieden werden, wenn diese auch nur vermeintlich Zweckmäßiges fordern. Und — was besonders wichtig ist — es sollen die generell guten wirksamen Rechtsideen nicht in ihrer unbedingt scheinenden Richtigkeit gestört werden, da ihre Wirksamkeit größtenteils von dem Glauben an ihre Unbedingtheit abhängt, auch wenn Rechtssetzung darnach im Spezialfall nicht die zweckmäßigste ist, soweit eben dieser inhaltliche Unwert die Bedeutung der ideologischen Störung des Volksgefühls nicht übertrifft. Es sind die derzeitigen psychologischen Umstände zu erwägen. Deshalb ist die Beibehaltung bloß dekorativer Formen, die die „Größe“ und „Würde“ von Staat und Recht symbolisieren, deshalb vielleicht auch die Beibehaltung der üblichen, recht wenig vernünftigen Kompetenztrennung zwischen richterlicher und vollziehender Gewalt gerechtfertigt, die größere Kosten und unbequem große territoriale Sprengel der untersten Instanzen verursacht und obwohl es z. B. viel richtiger wäre, daß eine von Regierung (und Politik) wirklich unabhängige Instanz (und zwar sofort, nicht erst hinterher) Wahlkataster anlegt und über Wahlrecht entscheidet als darüber, ob die Kuh dem Huber oder dem Maier gehört, da hier ein parteiischer Regierungseinfluß generell doch viel unwahrscheinlicher ist als dort.

Bei alledem muß aber eines festgehalten werden: Wenn man auf Grund solcher Erwägungen genötigt ist, inhaltlich schlechtes oder mindergutes Recht, besonders inhaltlich schlechte oder mindergute allgemeine Grundlinien eines Rechtssystems stehen zu lassen oder zu setzen, z. B. eine derzeit unzweckmäßige Verfassungsform, so handelt es sich beim ansonstigen Ausbau dieses Systems gleichwohl um das inhaltlich Beste, es gelten daher gleichwohl, soweit diese Rücksichten der Setzungsmethoden nicht in Betracht kommen, die Prinzipien des besten Rechtsinhalts.

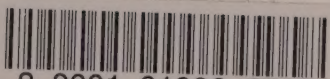
Dieser Gesichtspunkt ist auch für die Frage maßgebend, ob und wann ein illegaler Weg zu neuem besserem oder bestem Recht rechtsphilosophisch gerechtfertigt ist. Dies gilt von den kleinsten wie von den größten Rechtswidrigkeiten, ebenso von einer bewußt gesetzwidrigen Entscheidung eines Richters im Einzelfall, der lieber will, daß einmal ein Gesetz gebeugt wird, als daß Menschen unverdient und unnötigerweise unglücklich werden oder auch nur lieber ungesetzlich als sachlich ungerecht ist, wie von einem revolutionär-gewaltsamen Verfassungsumsturz. Von Schwierigkeiten der Beurteilung abgesehen, handelt es sich darum, ob die Erreichung des Zieles auf legalem Weg unbedingt oder wenigstens für — je nach Umständen — längere Zeit ausgeschlossen erscheint und ob der neue Wert den (großen) Unwert der Durchbrechung des formalen Rechts überwiegt, die Störung der Idee, daß Recht zu halten ist. Dieser Unwert ist verschieden groß je nach der Psychologie der Rechtsunterworfenen, nach dem Grade des dadurch hervorgerufenen Mißtrauens der Kreditgewährenden, Unternehmenden etc. und nach dem Unwert, den dies derzeit je nach der Gesamtlage bedeuten würde.

Und in diesem Sinne — aber auch nur in diesem Sinne — ist Bismarcks berühmtes Wort richtig, daß Verfassungsfragen Machtfragen sind. Fragen eines Verfassungsoktroi oder Fragen eines Rechtsbruches überhaupt sind nur, was die Durchsetzung betrifft, Machtfragen und auch das in einem eingeschränkten Sinne. Es ist in der Hauptsache eine Macht geistiger Natur: Fragen nach der Macht des Rechtsneuerers über den Intellekt der Rechtsunterworfenen und nach der Macht des Intellekts der Rechtsunterworfenen. Dies alles natürlich unter der Voraussetzung, daß der Mächtige das inhaltlich beste Recht auch in der Tat richtig erkannt hat. Hierin aber liegt vielleicht die größte Schwierigkeit und das größte Bedenken. Denn die Auffindung des jeweils inhaltlich besten Rechts ist durchaus nicht Sache irgend einer Macht, sondern lediglich Sache eines von Leidenschaften, von Machthunger, ja sogar von (blicktrübendem) Machtbewußtsein möglichst freien vorurteilslosen Denkens. Wer aber, und wäre es der Mächtigste, ja gerade der Mächtigste, kann sich in diesem Punkte unfehlbar dünken?

MEK

12010

8



3 9001 01996 6798

